

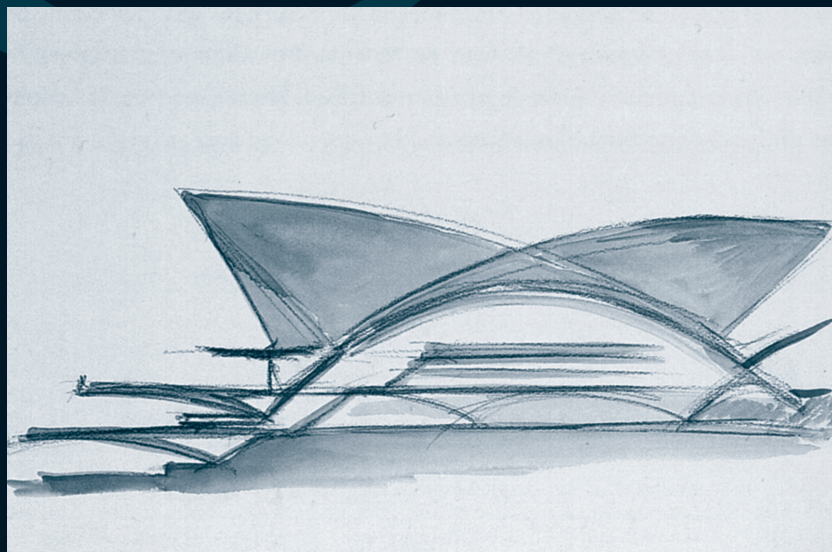
GIULIA MARIANI

Série II Volume 18

## Buts, effets et limites des recommandations du GAFI

Avec un regard sur le droit suisse et comparé  
de la lutte contre le blanchiment d'argent

COLLECTION LATINE



Helbing Lichtenhahn



# Buts, effets et limites des recommandations du GAFI

Avec un regard sur le droit suisse et comparé  
de la lutte contre le blanchiment d'argent

GIULIA MARIANI





GIULIA MARIANI

COLLECTION LATINE  
Série II/Volume 18

## Buts, effets et limites des recommandations du GAFI

Avec un regard sur le droit suisse et comparé  
de la lutte contre le blanchiment d'argent

Helbing Lichtenhahn

DOI: [https://doi.org/10.46455/Helbing\\_Lichtenhahn/978-3-7190-4570-8](https://doi.org/10.46455/Helbing_Lichtenhahn/978-3-7190-4570-8)



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification 4.0 International.

ISBN 978-3-7190-4570-8 (édition imprimée)

2021, Helbing Lichtenhahn, Bâle

[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)

## Avant-propos

Je tiens à remercier très sincèrement mon Directeur de thèse, le Professeur Alain Macaluso, qui d'emblée m'a témoigné sa confiance et a accepté d'accompagner mes travaux scientifiques et rédactionnels à côté de mon activité professionnelle. Ses précieuses remarques m'ont permis d'enrichir davantage ma recherche. Plus largement, son brillant parcours a été une source d'inspiration dans mes travaux. Je tiens aussi à remercier les Professeurs Susan Emmenegger, Jean-Baptiste Zufferey, Vincent Martenet et Andrew Garbarski pour le temps dédié à la lecture et à l'étude de mon manuscrit ainsi que pour leurs commentaires riches d'enseignement lors de ma soutenance orale de thèse.

Par ailleurs, je remercie mon mari Ken pour son amour inconditionnel, ainsi que mes marraines Birgitta et Raffaella, qui avec leur sagesse et leurs observations pertinentes ont contribué à la réussite de mes travaux. Un grand merci aussi à mes parents, à mes beaux-parents et à mes amis pour leur précieux soutien. Enfin, je remercie sincèrement Léonard Bôle et Dominik Witz pour m'avoir témoigné leur confiance depuis mes premiers pas dans le monde professionnel ainsi que Marc Mauerhofer et Noël Bieri pour leurs innombrables encouragements.

Berne, novembre 2021

Giulia Mariani



# Sommaire

Avant-propos . . . . .	V
Table des matières . . . . .	IX
Table des abréviations . . . . .	XV
Bibliographie . . . . .	XXVII
<b>Introduction</b> . . . . .	1
<b>Première partie: L'évolution du GAFI au fil du temps</b> . . . . .	3
I Le GAFI et ses 40 recommandations . . . . .	5
II Portée et limites des recommandations du GAFI . . . . .	51
III Étude de droit comparé d'une sélection de mesures préventives en Suisse, en Allemagne et aux États-Unis . . . . .	71
IV Conclusions . . . . .	127
<b>Deuxième partie: Les plus grandes affaires de blanchiment d'argent et l'évolution du cadre législatif suisse</b> . . . . .	131
I Chronologie des plus grandes affaires de blanchiment d'argent en Suisse . . . . .	133
II Évolution du cadre législatif suisse . . . . .	215
III Conclusions . . . . .	315
<b>Troisième partie: Statistiques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et considérations finales</b> . . . . .	319
I Statistiques de l'OFS, de la FINMA, du MROS et du DFF . . . . .	321
II Considérations finales . . . . .	335
Index . . . . .	341



# Table des matières

Avant-propos . . . . .	V
Sommaire . . . . .	VII
Table des abréviations . . . . .	XV
Bibliographie . . . . .	XXVII
<b>Introduction</b> . . . . .	<b>1</b>
<b>Première partie: L'évolution du GAFI au fil du temps</b> . . . . .	<b>3</b>
<b>I Le GAFI et ses 40 recommandations</b> . . . . .	<b>5</b>
1. La constitution d'une <i>task force</i> . . . . .	5
1.1 L'élaboration de 40 recommandations pour lutter contre le blanchiment d'argent . . . . .	6
1.2 La nature juridique des recommandations du GAFI . . . . .	9
1.3 La structure organisationnelle du GAFI . . . . .	11
2. Aperçu historique du GAFI . . . . .	15
2.1 Les premiers travaux 1990–1996 . . . . .	15
2.1.1 La révision des recommandations en 1996 . . . . .	18
2.2 Les travaux du GAFI 1996–2001 . . . . .	20
2.2.1 L'élargissement des objectifs à la lutte contre le financement du terrorisme en 2001 . . . . .	25
2.3 Les travaux du GAFI 2001–2003 . . . . .	31
2.3.1 La révision des recommandations en 2003 . . . . .	32
2.4 Les travaux du GAFI 2003–2007 . . . . .	35
2.5 Les travaux du GAFI 2007–2012 . . . . .	36
2.5.1 La révision des recommandations en 2012 . . . . .	38
2.6 Les travaux du GAFI 2012–2021 . . . . .	40

<b>II</b>	<b>Portée et limites des recommandations du GAFI</b>	51
3.	Introduction et délimitations	51
3.1	Le but des recommandations du GAFI	52
3.1.1	Renforcer la lutte contre le blanchiment d'argent au niveau international	52
3.1.2	Standard minimal	54
3.1.3	Universalité	55
3.1.4	<i>Level playing field</i>	57
3.2	Mesures coercitives	60
3.2.1	Juridictions à risque accru/appel du GAFI à appliquer des contre-mesures ( <i>liste noire</i> )	60
3.2.2	Juridictions avec des défaillances stratégiques sous surveillance ( <i>liste grise</i> )	61
3.2.3	Juridictions sous surveillance accrue	61
3.3	Applicabilité et praticabilité	63
3.3.1	Force contraignante	64
3.3.2	Convergence matérielle et temporelle	64
3.3.3	Convergence dans l'interprétation/mise en œuvre	65
3.4	Principes de gouvernance du GAFI	65
3.5	Influence politique	68
<b>III</b>	<b>Étude de droit comparé d'une sélection de mesures préventives en Suisse, en Allemagne et aux États-Unis</b>	71
4.	Introduction et délimitations	71
5.	Les obligations de diligence	72
5.1	Vérification de l'identité de l'ayant droit économique selon le GAFI	72
5.1.1	Selon le droit suisse	73
a)	De lege lata	73
b)	De lege ferenda	76
5.1.2	Selon le droit allemand	76
5.1.3	Selon le droit des États-Unis	81
a)	De lege lata	81
b)	De lege ferenda	85
5.1.4	Comparaison des trois modèles et conclusion	89
5.2	Gestion des risques en cas de sociétés de domicile ou d'autres structures selon le GAFI	91
5.2.1	Selon le droit suisse	91
5.2.2	Selon le droit allemand	92
5.2.3	Selon le droit des États-Unis	94
5.2.4	Comparaison des trois modèles et conclusion	95
6.	Recours à des tiers	95
6.1	Responsabilité en cas de délégation des obligations de diligence selon le GAFI	96
6.1.1	Selon le droit suisse	96
6.1.2	Selon le droit allemand	97



6.1.3	Selon le droit des États-Unis . . . . .	99
6.1.4	Comparaison des trois modèles et conclusion . . . . .	101
7.	Obligations en cas de soupçons de blanchiment d'argent . . . . .	101
7.1	Obligation de communiquer les soupçons de blanchiment d'argent selon le GAFI . . . . .	102
7.1.1	Selon le droit suisse . . . . .	102
a)	De lege lata . . . . .	103
aa)	Obligation de communiquer . . . . .	103
bb)	Comportement après une communication . . . . .	104
cc)	Violation de l'obligation de communiquer . . . . .	105
dd)	Le soupçon fondé et le simple doute . . . . .	106
b)	De lege ferenda . . . . .	115
aa)	Critiques du GAFI et modifications législatives . . . . .	115
bb)	Délibérations parlementaires . . . . .	116
7.1.2	Selon le droit allemand . . . . .	119
7.1.3	Selon le droit des États-Unis . . . . .	122
a)	De lege lata . . . . .	122
b)	De lege ferenda . . . . .	124
7.1.4	Comparaison des trois modèles et conclusion . . . . .	126
<b>IV</b>	<b>Conclusions . . . . .</b>	<b>127</b>
	<b>Deuxième partie: Les plus grandes affaires de blanchiment d'argent et l'évolution du cadre législatif suisse . . . . .</b>	<b>131</b>
<b>I</b>	<b>Chronologie des plus grandes affaires de blanchiment d'argent en Suisse . . . . .</b>	<b>133</b>
1.	Introduction et délimitations . . . . .	133
2.	Les trois phases du blanchiment d'argent . . . . .	134
2.1	Le «scandale de Chiasso» . . . . .	139
2.1.1	Conclusions . . . . .	140
2.2	L'affaire Banco Ambrosiano . . . . .	142
2.2.1	Conclusions . . . . .	142
2.3	L'affaire « <i>Pizza Connection</i> » . . . . .	143
2.3.1	Conclusions . . . . .	144
2.4	L'affaire « <i>Lebanon Connection</i> » . . . . .	144
2.4.1	Conclusions . . . . .	146
2.5	L'affaire Marcos . . . . .	147
2.5.1	Conclusions . . . . .	148
2.6	Les affaires Duvalier et Mobutu . . . . .	150
2.6.1	Conclusions . . . . .	152
2.7	L'affaire <i>Mani pulite</i> . . . . .	153
2.7.1	Conclusions . . . . .	154
2.8	L'affaire Abacha . . . . .	155
2.8.1	Conclusions . . . . .	157
2.9	L'affaire Montesinos . . . . .	158

2.9.1 Conclusions . . . . .	159
2.10 Le Printemps arabe . . . . .	160
2.10.1 Conclusions . . . . .	162
2.11 Les affaires de corruption internationales . . . . .	164
2.11.1 L'affaire Petrobras/Odebrecht . . . . .	164
2.11.2 L'affaire <i>1 Malaysia Development Berhad</i> (1MDB) . . . . .	167
2.11.3 L'affaire PDVSA . . . . .	169
2.11.4 L'affaire FIFA . . . . .	172
2.11.5 Conclusions . . . . .	177
a) Exemple 1 . . . . .	180
b) Exemple 2 . . . . .	182
2.12 Les révélations des <i>Panama Papers</i> . . . . .	190
2.12.1 Conclusions . . . . .	194
2.13 Le <i>Russian Laundromat</i> . . . . .	200
2.13.1 Conclusions . . . . .	202
2.14 L'affaire Danske Bank . . . . .	203
2.14.1 Conclusions . . . . .	206
2.15 Les révélations des <i>Luanda Leaks</i> . . . . .	210
2.15.1 Conclusions . . . . .	211
2.16 Les révélations des <i>FinCEN Files</i> . . . . .	212
2.16.1 Conclusions . . . . .	213
<b>II Évolution du cadre législatif suisse . . . . .</b>	<b>215</b>
3. Introduction et délimitations . . . . .	215
3.1 Les conventions de diligence des banques . . . . .	216
3.1.1 CDB 1977 . . . . .	217
3.1.2 CDB 1982 . . . . .	217
3.1.3 CDB 1987 . . . . .	218
4. Premier train de mesures pour lutter contre le blanchiment d'argent et la criminalité organisée . . . . .	219
4.1 Blanchiment d'argent (art. 305 <sup>bis</sup> CP) . . . . .	220
4.2 Défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305 <sup>ter</sup> , al. 1, CP) . . . . .	230
4.3 Abolition des formulaires B, Circulaire CFB 91/3 et CDB 1992 . . . . .	235
4.4 Premier cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse par le GAFI en 1993 . . . . .	237
5. Deuxième train de mesures pour lutter contre le blanchiment d'argent et la criminalité organisée . . . . .	238
5.1 Organisation criminelle (art. 260 <sup>ter</sup> CP) . . . . .	239
5.2 Confiscation (art. 58 s. aCP) . . . . .	242
5.3 Droit de communication (art. 305 <sup>ter</sup> , al. 2, CP) . . . . .	243
6. Troisième train de mesures pour lutter contre le blanchiment d'argent et la criminalité organisée . . . . .	244
6.1 LBA, Circulaire CFB 98/01, CDB 1998, OBA-AdC 1999 et OBA-OFAP . . . . .	245
6.2 Deuxième cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse par le GAFI en 1998 . . . . .	249

6.3	Autres mesures législatives pour lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme . . . . .	251
6.3.1	Juridiction fédérale . . . . .	251
6.3.2	Révision du droit pénal de la corruption . . . . .	252
6.3.3	Répression du financement du terrorisme . . . . .	255
6.3.4	Responsabilité pénale de l'entreprise . . . . .	255
6.4	OBA-CFB 2003, OBA-AdC 2004 et CDB 2003 . . . . .	261
6.5	Troisième cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse par le GAFI en 2005 . . . . .	264
7.	Loi fédérale pour la mise en œuvre des recommandations du GAFI de 2005 . . . . .	268
7.1	Nouvelles infractions préalables au blanchiment d'argent, OBA-CFB 2008 et CDB 2008 . . . . .	270
7.2	Révision de la LBA, constitution de la FINMA et OBA-FINMA . . . . .	273
8.	Loi fédérale pour la mise en œuvre des recommandations du GAFI, révisées en 2012 . . . . .	280
8.1	Modifications législatives introduites par la loi GAFI de 2014 . . . . .	281
8.2	Révision totale de l'OBA-FINMA en 2015 et CDB 2016 . . . . .	286
8.3	Quatrième cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse par le GAFI de 2016 . . . . .	289
9.	Révisions législatives suite au quatrième cycle d'évaluations mutuelles du GAFI . . . . .	295
9.1	Révision de la loi sur le blanchiment d'argent, débats parlementaires et adoption du projet de loi . . . . .	295
9.2	OBA-FINMA 2020, CDB 2020 et autres révisions législatives . . . . .	302
9.3	Évaluation de suivi de la Suisse par le GAFI en février 2020 . . . . .	313
<b>III</b>	<b>Conclusions . . . . .</b>	<b>315</b>
	<b>Troisième partie: Statistiques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et considérations finales . . . . .</b>	<b>319</b>
<b>I</b>	<b>Statistiques de l'OFS, de la FINMA, du MROS et du DFF . . . . .</b>	<b>321</b>
1.	Introduction et délimitations . . . . .	321
2.	Statistiques de l'OFS et de la FINMA . . . . .	323
3.	Statistiques du MROS et du DFF . . . . .	327
<b>II</b>	<b>Considérations finales . . . . .</b>	<b>335</b>
	Index . . . . .	341



## Table des abréviations

a	ancien(s) lorsque la lettre est placée devant une loi (p.ex. aCP)
ABE	Autorité bancaire européenne
aCP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 dans sa version du 1 <sup>er</sup> août 1994 (RO 1994 1614)
AdC	Autorité de contrôle
AFF	Administration fédérale des finances
al.	alinéa(s)
AML	<i>Anti money laundering</i>
AP-CP	Avant-projet du Département fédéral de justice et police, modification du code pénal et du code pénal militaire concernant la punissabilité de l'organisation criminelle, la confiscation, le droit de communication du financier, ainsi que la responsabilité de l'entreprise, mars 1991
Art./art.	Artikel/article(s)
ASB	Association suisse des banquiers
ATAF	Arrêt du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral suisse
AuM	<i>Assets under management</i>
<i>Basel Statement of Principles</i>	Déclaration de 1988 sur la prévention de l'utilisation du système bancaire pour le blanchiment de fonds d'origine criminelle du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire
BNS	Banque nationale suisse
BO E	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des États
BO N	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)

CDB 1977	Convention relative à l'obligation de diligence lors de l'acceptation de fonds et à l'usage du secret bancaire du 2 juin 1977
CDB 1982	Convention relative à l'obligation de diligence lors de l'acceptation de fonds et à l'usage du secret bancaire du 1 <sup>er</sup> juillet 1982
CDB 1987	Convention relative aux obligations de diligence des banques du 1 <sup>er</sup> juillet 1987
CDB 1992	Convention relative aux obligations de diligence des banques du 1 <sup>er</sup> juillet 1992
CDB 1998	Convention relative aux obligations de diligence des banques du 28 janvier 1998
CDB 2003	Convention relative aux obligations de diligence des banques du 2 décembre 2002
CDB 2008	Convention relative aux obligations de diligence des banques du 7 avril 2008
CDB 2016	Convention relative aux obligations de diligence des banques du 3 juin 2015
CDB 2020	Convention relative aux obligations de diligence des banques du 13 juin 2018
cf.	<i>confer</i> (voir)
CFB	Commission fédérale des banques
CFMJ	Commission fédérale des maisons de jeu
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre(s)
CHF	franc(s) suisse(s)
Circulaire CFB 91/1	Circulaire CFB 91/1 Identification de l'ayant droit économique/ Interdiction des formulaires B, CDB du 25 avril 1991
Circulaire CFB 91/3	Circulaire CFB 91/1 Directives relatives au blanchiment de capitaux du 18 décembre 1991
Circulaire CFB 98/1	Circulaire CFB 98/1 Directives relatives à la prévention et à la lutte contre le blanchiment de capitaux du 26 mars 1998
Circ.-FINMA 08/10	Circulaire FINMA 2008/10 « Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux » [abrogée en janvier 2020; désormais les normes d'autorégulation approuvées ou reconnues par la FINMA figurent sur son site Internet]
Circ.-FINMA 08/24	Circulaire 2008/24 « Surveillance et contrôle interne – banques » [remplacée par la Circ.-FINMA 17/1]

Circ.-FINMA 16/7	Circulaire FINMA 2016/7 «Identification par vidéo et en ligne»
Circ.-FINMA 17/1	Circulaire FINMA 2017/1 «Gouvernance d'entreprise – banques»
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (RS 220)
Commission PANA	Commission d'enquête du Parlement européen chargée d'examiner les allégations d'infraction et de mauvaise administration dans l'application du droit de l'Union en matière de blanchiment de capitaux, d'évasion fiscale et de fraude fiscale dans le cadre de l'affaire relative aux <i>Panama Papers</i>
consid.	considérant(s)
Convention de l'OCDE	Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (Convention de l'OCDE) entrée en vigueur, le 30 juillet 2000 (RS 0.311.21)
Convention de Palerme	Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 (Convention de Palerme), entrée en vigueur, le 26 novembre 2006 (RS 0.31154)
Convention de Strasbourg	Convention du Conseil de l'Europe du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (Convention de Strasbourg), entrée en vigueur, le 11 septembre 1993 (RS 0.311.53)
Convention de Varsovie	Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme (Convention de Varsovie). Cette convention n'a pas été ratifiée par la Suisse. En revanche la Suisse a ratifié le 1 <sup>er</sup> juillet 2021 le Protocole additionnel du 22 octobre 2015 à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (RS 0.311.611)
Convention de Vienne	Convention des Nations Unies du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Convention de Vienne), entrée en vigueur, le 13 décembre 2005 (RS 0.812.121.03)
Convention onusienne	Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999, entrée en vigueur, le 23 octobre 2003 (RS 0.353.22)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)

CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CTA	<i>Corporate Transparency Act</i>
D-BGBl.	Bundesgesetzblatt der Bundesrepublik Deutschland
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFF	Département fédéral des finances
dGwG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GwG), Geldwäschegesetz vom 23. Juni 2017 (D-BGBl. I S. 1822), das zuletzt durch Artikel 92 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436) geändert worden ist
Directive UE 2015/849	Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive (UE) 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la Directive 2006/70/CE de la Commission, JO L 141 du 5.6.2015, p. 73 à 117
Directive UE 2018/843	Directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la Directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les Directives 2009/138/CE et 2013/36/UE, JO L 156 du 19.6.2018, p. 43 à 74
Directive UE 2019/1153	Directive (UE) 2019/1153 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 fixant les règles facilitant l'utilisation d'informations financières et d'une autre nature aux fins de la prévention ou de la détection de certaines infractions pénales, ou des enquêtes ou des poursuites en la matière, et abrogeant la décision 2000/642/JAI du Conseil, JO L 186 du 11.7.2019, p. 122 à 137
dKWG	Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz KWG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2776), das zuletzt durch Artikel 90 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436) geändert worden ist



DNFBP(s)/ EPNFD(s)	<i>Designated non-financial business(es) or profession(s)/entreprise(s) et profession(s) non financière(s) désignée(s)</i>
DOJ	<i>The United States Department of Justice</i>
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
dStGB	Strafgesetzbuch (StGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. November 2021 (BGBl. I S. 4906) geändert worden ist
dTraFinG	Gesetz zur europäischen Vernetzung der Transparenzregister und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1153 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Nutzung von Finanzinformationen für die Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und sonstigen schweren Straftaten (Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz) vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2083)
dWpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz WpHG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2708), das zuletzt durch Artikel 56 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436) geändert worden ist
éditeur(s)	éd.
EIMP	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1)
et al.	<i>et alii</i> (latin), et les autres personnes
EUR	euros
FF	Feuille fédérale
FFIEC	<i>U.S. Federal Financial Institutions Examination Council</i>
FinCEN	<i>U.S. Department of the Treasury Financial Crimes Enforcement Network</i>
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FIB	feuille d'information de base
FIU/CRF	<i>Financial Intelligence Unit/Cellule de renseignement financière</i>
FMI	Fonds monétaire international
FSA	Finanstilsynet (autorité danoise des services financiers)
FSRB	<i>FATF-style regional body/organisme régional de type GAFI</i>

GAFI/FATF	Groupe d'action financière/ <i>Financial Action Task Force</i>
GBP	livre(s) anglaise(s)
ICIJ	<i>International Consortium of Investigative Journalists</i>
ICO	<i>Initial Coin Offerings</i>
ICRG	<i>International Cooperation Review Group</i> /Groupe d'examen de la coopération internationale
IFDS	Intermédiaire financier directement soumis
Interpol	Organisation internationale de police criminelle
JO L	Journal officiel de l'Union européenne/législation
JO C	Journal officiel de l'Union européenne/communication et informations
<i>KYC</i>	<i>Know your customer</i>
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (RS 955.0)
LBA 1998	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (FF 1997 IV 723)
LBA 2009	Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière modifiant la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (RO 2009 361)
LBVM	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, abrogée le 31 décembre 2019 (RO 1997 68)
LD	Loi fédérale du 18 mars 2005 sur les douanes (RS 631.0)
LEFin	Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (RS 954.1)
LEmb	Loi fédérale du 22 mars 2002 sur l'application de sanctions internationales (RS 946.231)
let.	lettre
LFINMA	Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (RS 956.1)

---

LFP	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement, abrogée le 1 <sup>er</sup> janvier 2007 (RO 1994 2523)
LHID	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14)
LIMF	Loi fédérale du 19 juin 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (RS 958.1)
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
LJAR	Loi fédérale du 29 septembre 2017 sur les jeux d'argent (RS 935.51)
Loi GAFI de 2008	Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI (RO 2009 361)
Loi GAFI de 2015	Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012 (RO 2015 1389)
Loi sur le Forum mondial	Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (RO 2019 3161)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPCC	Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31)
LRAI	Loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées, abrogée le 1 <sup>er</sup> juillet 2016 (RO 2011 275)
LSA	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (RS 961.01)
LSFin	Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers (RS 950.1)
LStup	Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants (RS 812.121)
LTI	Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés (RS 957.1)
LVP	Loi fédérale du 18 décembre 2015 sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger (RS 196.1)

1MDB	<i>1 Malaysia Development Berhad</i>
Message CP 1989	Message du 12 juin 1989 concernant la modification du code pénal suisse (Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières), FF 1989 II 961
Message CP 1993	Message du 30 juin 1993 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier), FF 1993 III 269
Message CP 1999	Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1998 1787
Message GAFI 2007	Message sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI) du 15 juin 2007, FF 2007 5919
Message GAFI 2012	Message concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, FF 2014 585
Message LBA 1996	Message relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier du 17 juin 1996, FF 1996 III 1057
Message LVP 2014	Message relatif à la loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite du 21 mai 2014, FF 2014 5121
MoU	<i>Memorandum of Understanding</i>
MPC	Ministère public de la Confédération
MROS	Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent
n	nouveau lorsque la lettre est placée devant une loi (p.ex. nLBA)
n°	numéro
N	numéro de paragraphe/ <i>Randnote</i>
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OAR	Organisme d'autorégulation
OB	Ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.02)
OBA	Ordonnance du 11 novembre 2015 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (RS 955.01)

OBA-AdC 1999	Ordonnance du 25 novembre 1998 de l’Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d’argent concernant les obligations de diligence des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis (RO 1999 618)
OBA-AdC 2004	Ordonnance de l’Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d’argent du 10 octobre 2003 concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis (RO 2003 4403)
OBA-CFB 2003	Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 18 décembre 2002 en matière de lutte contre le blanchiment d’argent (RO 2003 554)
OBA-CFB 2008	Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 20 décembre 2006 en matière de lutte contre le blanchiment d’argent (RO 2008 2017)
OBA-FINMA 2010	Ordonnance de l’Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 8 décembre 2010 sur la prévention du blanchiment d’argent et du financement du terrorisme (RO 2010 6295)
OBA-FINMA 2016	Ordonnance de l’Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 3 juin 2015 sur la lutte contre le blanchiment d’argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (RO 2015 2083)
OBA-FINMA 2020	Ordonnance de l’Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 17 juillet 2018 sur la lutte contre le blanchiment d’argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (RS 955.033.0)
OBA-OFAP	Ordonnance de l’Office fédéral des assurances privées du 24 octobre 2006 en matière de lutte contre le blanchiment d’argent (RO 2006 4413)
OBNL	Organisme(s) à but non lucratif
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OFAP	Office fédéral des assurances privées
O-FINMA	Ordonnance du 13 décembre 2019 relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.11)
OFS	Office fédéral de la statistique
ONU	Organisation des Nations Unies
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (ouvrage cité)

OS	Organisme de surveillance
P-	projet de loi, lorsque la lettre est placée devant une loi (p.ex. P-CP)
p.	page(s)
par.	paragraphe(s)
par ex.	par exemple
PEP/PPE	<i>Politically exposed person</i> /personne politiquement exposée
P-LBA 2019	Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341
PTNC	Pays et territoires non coopératifs
R./1990	Recommandation du GAFI de 1990
R./1998	Recommandation du GAFI de 1998
R./2003	Recommandation du GAFI de 2003
R./2012	Recommandation du GAFI de 2012
RC	Registre du commerce suisse
Recommandations du GAFI	<i>International Standards on combating money laundering and the financing of terrorism &amp; proliferation, The FATF Recommendations, updated October 2021</i>
REM	Rapport d'évaluation mutuelle du GAFI
Résolution 1373	Résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 28 septembre 2001
resp.	respectivement
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
Rs/2003	Recommandation spéciale du GAFI de 2003
Rs/2004	Recommandation spéciale du GAFI de 2004
SA	société anonyme
Sàrl	société à responsabilité limitée
SAR	<i>Suspicious Activity Report</i>
SFI	Secrétariat d'État aux questions financières internationales
s.	suivant(e)s
STR	<i>Suspicious Transaction Report</i>

TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
TPF	Tribunal pénal fédéral
UE	Union européenne
U.S.	<i>United States</i>
U.S. AML-Act	<i>Anti-Money Laundering Act of 2020</i>
U.S.C.	<i>Code of Laws of the United States of America</i>
U.S. CFR	<i>Code of Federal Regulations of the United States of America</i>
USD	dollar(s) des États-Unis
U.S. NDAA	<i>William (Mac) Thornberry National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2021</i>
VASP(s)	<i>Virtual assets and virtual asset service providers</i>
vol.	volume





## Bibliographie

- ACKERMANN JÜRIG-BEAT, *Geldwäscherei – Money Laundering, Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz*, éditions Schulthess, Zurich, 1992 [cité: ACKERMANN, *Geldwäscherei – Money Laundering*].
- ACKERMANN JÜRIG-BEAT, *Geldwäscherei (StGB Art.305<sup>bis</sup>)*, in: SCHMID NIKLAUS (éd.), *Kommentar Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei*, vol. I, première édition, éditions Schulthess, Polygraphischer Verlag, Zurich, 1998 [cité: *Kommentar Geldwäscherei 1998, ad Art. 305<sup>bis</sup> StGB-ACKERMANN*].
- ACKERMANN JÜRIG-BEAT (éd.), *Kommentar, Kriminelles Vermögen, Kriminelle Organisationen, Einziehung, Kriminelle Organisation, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei*, tome I, éditions Schulthess, Zurich, Bâle, Genève, 2018 [cité: *Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, Art. StGB/GwG-AUTEUR*].
- ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES FINANCES (AFF), *La lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse*, Berne, brochure de l'AFF, de l'AdC, de la CFB, de l'OFAP, du MROS et de la CFMJ, Berne, actualisée en octobre 2003 [cité: *La lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse, 2003*].
- AUTORITÉ BANCAIRE EUROPÉENNE (ABE), *Orientations au titre des art. 17 et 18, par. 4 de la Directive UE 2015/849 du 1<sup>er</sup> mars 2011, abrogeant et remplaçant les orientations JC/2017/37 du 04.01.2018*, in: *Autorité bancaire européenne*, (<https://www.eba.europa.eu/>), consulter à ce titre: <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/anti-money-laundering-and-e-money/reviced-guidelines-on-nl-tf-risk-factors> (22.11.2021) [cité: *Orientations sur les facteurs de risque*].
- AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), *Guide pratique pour les questions d'assujettissement concernant les Initial Coin Offerings (ICO)*, Berne, le 6 février 2018 [cité: *Guide pratique de la FINMA sur les ICO, 2018*].

- AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Obligations de diligence des banques suisses en relation avec les valeurs patrimoniales de «personnes politiquement exposées», Berne, le 10 novembre 2011 [cité: FINMA, Rapport sur les PEP, 2011].
- AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Rapport annuel 2013, Berne, avril 2014 [cité: FINMA, Rapport annuel 2013].
- AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Rapport annuel 2015, Berne, avril 2016 [cité: FINMA, Rapport annuel 2015].
- AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Rapport annuel 2016, Berne, avril 2017 [cité: FINMA, Rapport annuel 2016].
- AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Rapport annuel 2017, Berne, mars 2018 [cité: FINMA, Rapport annuel 2017].
- AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Rapport annuel 2018, Berne, avril 2019 [cité: FINMA, Rapport annuel 2018].
- AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Rapport annuel 2019, Berne, avril 2020 [cité: FINMA, Rapport annuel 2019].
- AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Rapport annuel 2020, Berne, mars 2021 [cité: FINMA, Rapport annuel 2020].
- AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Rapport d'enquête de la FINMA en relation avec le commerce de devises de UBS, Berne, le 12 novembre 2014 [cité: FINMA, Rapport d'enquête UBS, 2014].
- AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audit relative à la révision partielle de l'OBA-FINMA, qui a eu lieu du 4 septembre au 16 octobre 2017, Berne, le 20 juin 2018 [cité: FINMA, Rapport d'audit OBA-FINMA, 2018].
- AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Rapport explicatif sur la révision partielle de l'OBA-FINMA, Berne, le 4 septembre 2017 [cité: FINMA, Rapport explicatif OBA-FINMA, 2017].
- AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Rapport explicatif sur la révision totale de l'OBA-FINMA, Berne, le 11 février 2015 [cité: FINMA, Rapport explicatif OBA-FINMA, 2015].

- AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Rapport sur l'*enforcement*, Berne, le 27 mars 2018 [cité: FINMA, Rapport sur l'activité d'*enforcement* 2017].
- BANQUE NATIONALE SUISSE, Rapport de la Direction générale sur l'activité de la Banque nationale suisse en 1977, Berne, mars 1975 [cité: Rapport de gestion de la BNS, 1975].
- BARTHOLET OLIVER, Internationale Konvergenz in der Finanzmarktregulierung – Rechtsinstrumente zur Stärkung und Durchsetzung, in: St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, SESTER PETER, BRÄNDLI BEAT, BARTHOLET OLIVER, SCHILTKNECHT RETO (éd.), éditions Dike, Zurich/Saint-Gall, 2018 [cité: BARTHOLET, Internationale Konvergenz in der Finanzmarktregulierung].
- BASSE-SIMONSOHN DETLEV MICHAEL, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, Die Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre und deren Konkretisierungen durch Selbstregulierung, in: Berner Bankrechtliche Abhandlungen, WIEGAND WOLFGANG (éd.), éditions Stämpfli, Berne, 2002 [cité: BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen].
- BECKER JULIA, Die Entwicklung des Systems der Geldwäschereibekämpfung in der Schweiz auf nationaler und internationaler Ebene seit 1990, thèse, éditions Shaker, Aix-la-Chapelle, 2010 [cité: BECKER, thèse].
- BERNASCONI PAOLO, Finanzunterwelt, gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen, éditions Orell Füssli, Zurich et Wiesbaden, 1988 [cité: BERNASCONI, Finanzunterwelt].
- BERNASCONI PAOLO, «Flux internationaux de capitaux d'origine illicite – La Suisse face aux nouvelles stratégies», p. 199 à 229, Annuaire suisse de politique de développement, 9|1990, mis en ligne le 28 mars 2013, in: OpenEdition Journals, (<<https://journals.openedition.org/>>), consulter à ce titre: <<https://journals.openedition.org/aspd/1322>> (22.11.2021) [cité: BERNASCONI, Flux internationaux de capitaux d'origine illicite].
- BETZ KATHRIN/PIETH MARK, Globale Finanzflüsse und nachhaltige Entwicklung: Auch eine Folge von «Panama»? , Zeitschrift für Schweizerisches Recht, ZSR 2016/I [cité: BETZ/PIETH, Globale Finanzflüsse].
- BRÄNDLI BEAT, Internationale Standards, in: St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, SESTER PETER, BRÄNDLI BEAT, BARTHOLET OLIVER, SCHILTKNECHT RETO (éd.), éditions Dike, Zurich/Saint-Gall, 2018 [cité: BRÄNDLI, Internationale Standards].

- BRÄUNING BETTINA, Ökonomie der Geldwäsche, thèse, éditions Dr. Kovač, Ham-  
bourg, 2009 [cité: BRÄUNING, thèse].
- BRUUN & HJEJLE, Report on the Non-Resident Portfolio at Danske Bank's Est-  
onian branch, 19 septembre 2018, in: Danske Bank, (<<https://danskebank.com/>>),  
consulter à ce titre: <[https://danskebank.com/-/media/danske-bank-com/file-clou  
d/2018/9/report-on-the-non-resident-portfolio-at-danske-banks-estonian-branch.  
pdf?rev=56b16dfdda94480bb8cdcaebaddc9b&hash=B7D825  
F2639326A3BBBC7D524C5E341E](https://danskebank.com/-/media/danske-bank-com/file-clou<br/>d/2018/9/report-on-the-non-resident-portfolio-at-danske-banks-estonian-branch.<br/>pdf?rev=56b16dfdda94480bb8cdcaebaddc9b&hash=B7D825<br/>F2639326A3BBBC7D524C5E341E)> (22.11.2021) [cité: BRUUN & HJEJLE,  
Report on the Non-Resident Portfolio at Danske Bank's Estonian branch,  
septembre 2018].
- BUNDESANSTALT FÜR FINANZDIENSTLEISTUNGSAUFSICHT (BAFIN),  
Konsultation 18/2021 – Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäsche-  
gesetz gemäss § 51, Abs. 8, dGwG, Bonn, Stand: Oktober 2021 [cité: BaFin,  
Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschegesetz].
- CAPUS NADJA, Country Report: Combating money laundering in Switzerland, in:  
PIETH MARK/AIOLFI GEMMA, A Comparative Guide to Anti-Money Launde-  
ring, A Critical Analysis of Systems in Singapore, Switzerland, the UK and the  
USA, éditions Edward Elgar Publishing, Cheltenham (USA), 2004 [cité: CAPUS,  
Combating money laundering in Switzerland].
- CARNICÉ JEAN-MARC, Évolution de la jurisprudence du TF en matière de crimina-  
lité économique: l'infraction de blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP), in: Regard  
de Marathoniens sur le droit Suisse, Mélanges publiés à l'occasion du 20<sup>e</sup> «Mar-  
athon du droit», Ordre des avocats de Genève, Commission de formation perma-  
nente, éditions Slatkine, Genève, 2015, p. 420 à 426 [cité: CARNICÉ, Évolution  
de la jurisprudence du TF].
- CASSANI URSULA, Commentaire du droit pénal suisse, Code pénal suisse, Partie  
spéciale, éditions Stämpfli, Berne, 1996 [cité: CASSANI, Commentaire du  
droit pénal suisse].
- CASSANI URSULA, Droit pénal économique, Eléments de droit suisse et transna-  
tional, éditions Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2020 [cité: CASSANI, Droit pénal  
économique].
- CASSANI URSULA, L'extension du système de lutte contre le blanchiment  
d'argent aux infractions fiscales: *much ado about (almost) nothing*, Revue  
suisse de droit des affaires et du marché financier, 2015, vol. 87, n° 2, p. 78 à  
90 [cité: CASSANI, L'extension du système de lutte contre le blanchiment  
d'argent aux infractions fiscales].
- CASSANI URSULA, L'internationalisation du droit pénal économique et la politique  
criminelle de la Suisse: la lutte contre le blanchiment d'argent. Revue de droit

- suisse, 2008, vol. II, p. 227 à 398 [cité: CASSANI, L'internationalisation du droit pénal économique].
- CASSANI URSULA, Projet de loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations GAFI: le strict nécessaire est-il suffisant?, publié le 29 juin 2007 par le Centre de droit bancaire et financier, in: Centre de droit bancaire et financier (CDBF), (<<https://cdbf.ch/>>), consulter à ce titre: <<https://cdbf.ch/528/#.XSIggWyP42w>> (22.11.2021) [CITÉ: CASSANI, Projet de loi GAFI].
- CASSANI URSULA, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, in: Chappuis, Christine et Winiger, Bénédicte, en collaboration avec Arnaud Campi. Responsabilité civile – Responsabilité pénale, Genève, éditions Schulthess, 2015, p. 103 à 135 [cité: CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise].
- C. GILMORE WILLIAM, L'argent sale, l'évolution des mesures internationales de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005 [cité: GILMORE, L'argent sale].
- CHAPPUIS BENOÎT/LEMBO SAVERIO, Les obligations du banquier en cas de mesures de blocage émanant d'une autorité pénale, in: BERNASCONI PAOLO, CHOPARD RENÉ, Mesures provisionnelles judiciaires et administratives: droits et devoirs de la banque suisse et de ses clients, Méta-Éditions, Bellinzzone, 1999, p. 33 à 47 [cité: CHAPPUIS/LEMBO, Les obligations du banquier].
- COMMISSION D'ENQUÊTE PARLEMENTAIRE (CEP), rapport du 22.11.1989 sur les événements survenus au Département fédéral de justice et police (DFJP), Berne, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr/>>), consulter à ce titre: <[https://www.parlament.ch/centers/documents/\\_layouts/15/DocIdRedir.aspx?ID=DOCID-3-2589](https://www.parlament.ch/centers/documents/_layouts/15/DocIdRedir.aspx?ID=DOCID-3-2589)> (22.11.2021) [cité: Rapport de la Commission d'enquête parlementaire du 22.11.1989].
- COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES (CFB), Directives relatives à la prévention et sur le blanchiment de capitaux à la lutte contre le blanchiment de capitaux du 26 mars 1998, Berne [cité: Directives relatives à la prévention et sur le blanchiment de capitaux du 26 mars 1998].
- COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES (CFB), «Fonds Abacha auprès des banques suisses», Berne, le 4 septembre 2000 [cité: Rapport de la CFB dans l'affaire Abacha, 2000].
- COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES (CFB), rapport de gestion 1977, Berne [cité: Rapport de gestion de la CFB, 1977].
- COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES (CFB), rapport de gestion 1982, Berne [cité: Rapport de gestion de la CFB, 1982].
- COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES (CFB), rapport de gestion 1984, Berne [cité: Rapport de gestion de la CFB, 1983].

- COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES (CFB), rapport de gestion 1986, Berne [cité: Rapport de gestion de la CFB, 1986].
- COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES (CFB), rapport de gestion 1987, Berne [cité: Rapport de gestion de la CFB, 1987].
- COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES (CFB), rapport de gestion 1989, Berne [cité: Rapport de gestion de la CFB, 1989].
- COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES (CFB), rapport de gestion 1990, Berne [cité: Rapport de gestion de la CFB, 1990].
- COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES (CFB), rapport de gestion 1993, Berne [cité: Rapport de gestion de la CFB, 1993].
- COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES (CFB), rapport de gestion 1995, Berne [cité: Rapport de gestion de la CFB, 1995].
- COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES (CFB), rapport de gestion 1997, Berne [cité: Rapport de gestion de la CFB, 1997].
- COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES (CFB), rapport de gestion 1998, Berne [cité: Rapport de gestion de la CFB, 1998].
- CORBOZ BERNARD, Les infractions en droit suisse, vol. I et II, 3<sup>e</sup> édition, éditions Stämpfli, Berne, 2010 [cité: CORBOZ, Les infractions en droit suisse].
- DE CAPITANI WERNER, Auswirkungen auf Banken, in: TRECHSEL STEFAN, (éd.), Geldwäscherei, Prävention und Massnahmen zur Bekämpfung, éditions Schulthess, Zurich, 1997 [cité: DE CAPITANI, Auswirkungen auf Banken].
- DELMAS-MARTY MIREILLE, Les forces imaginantes du droit, Le relatif et l'universel, éditions du Seuil, Paris, 2004 [cité: DELMAS-MARTY, Le relatif et l'universel].
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES (DFAE), brochure publiée à l'occasion de la journée du droit international public en 2016 sur le recouvrement des avoirs illicites, «Pour que le crime ne paie pas. L'expérience de la Suisse en matière de restitution d'avoirs illicites», Berne [cité: Rapport du DFAE, L'expérience de la Suisse en matière de restitution des avoirs de potentats, 2016].
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES (DFF), Avant-projet du 1<sup>er</sup> juin 2018 de la modification de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (loi sur le blanchiment d'argent), Berne [cité: Avant-projet de modification de la LBA du 1<sup>er</sup> juin 2018].
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES (DFF), Rapport explicatif sur le projet soumis à consultation de la modification de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, Berne, le 1<sup>er</sup> juin 2018 [cité: Rapport explicatif sur l'avant-projet de la modification de la LBA].

- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES (DFF), Rapport sur les résultats de la procédure de consultation relative au rapport explicatif, comprenant le projet de modification légales, sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux, Berne, septembre 2005 [cité: Rapport sur les résultats de la procédure de consultation relative aux recommandations du GAFI révisées de 2003].
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR (DFI), Office fédéral de la statistique (OFS), statistique policière de la criminalité (SPC), rapport annuel 2020 des infractions enregistrées par la police, section criminalité et droit pénal, Neuchâtel, 2020 [cité: OFS, Statistique policière de la criminalité, rapport annuel 2020].
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE (DFJP), Office fédéral de la police fedpol, Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS), Rapport annuel 2018, Berne, avril 2019 [cité: MROS, Rapport annuel 2018].
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE (DFJP), Office fédéral de la police fedpol, Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS), Rapport annuel 2019, Berne, avril 2020 [cité: MROS, Rapport annuel 2019].
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE (DFJP), Office fédéral de la police fedpol, Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS), Rapport annuel 2020, Berne, mai 2020 [cité: MROS, Rapport annuel 2020].
- DIETZI HANSPETER, Der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes? – Der Kampf gegen die Geldwäscherei aus der Optik des Ersten Rechtskonsulenten einer Grossbank, in: PIETH MARK (éd.), Bekämpfung der Geldwäscherei, Modelfall Schweiz?, éditions Helbing Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Schäffer – éditions Poeschel, Stuttgart, 1992 [cité: DIETZI, Der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes?].
- DONATSCH ANDREAS/THOMMEN MARC/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5<sup>e</sup> édition, éditions Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2017 [cité: DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, Strafrecht IV].
- EUROPEAN BANKING AUTHORITY (EBA), EBA Report on competent authorities' approaches to the anti-money laundering and countering the financing of terrorism supervision of banks, Paris, le 5 février 2020 [cité: EBA Report, 2020].
- FAHRANAZ BSK JETHA, Une nécessaire harmonisation internationale de lutte anti-blanchiment, éditions Connaissances et Savoirs, Saint-Denis, 2016 [cité: FAHRANAZ, harmonisation internationale].

- FEDERAL FINANCIAL INSTITUTIONS EXAMINATION COUNCIL (FFIEC), Bank Secrecy Act/Anti-Money Laundering Examination Manual, 2014, 2<sup>e</sup> édition mise à jour le 27 février 2015 [cité: FFIEC, Anti-money laundering manual].
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures United States, mutual evaluation report, Paris, décembre 2016 [cité: FATF, fourth round mutual evaluation report, United States, 2016].
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures United States, 3rd enhanced follow-up report & technical compliance re-rating, Paris, mars 2020 [cité: GAFI, rapport de suivi des États-Unis, mars 2020].
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), Guidance Document, International Best Practices Combating the Abuse of Non-Profit organisations, Paris, le 11 octobre 2002 [cité: Guidance Document, Abuse of Non-Profit organisations, 2002].
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), Guidance for Financial Institutions in Detecting Terrorist Financing, Paris, le 24 avril 2002 [cité: Guidance for Financial Institutions in Detecting Terrorist Financing, 2002].
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), Updated Guidance for a risk-based approach, Virtual assets and virtual asset service providers, Paris, octobre 2021 [cité: Updated Guidance, Virtual assets and virtual asset service providers, 2021].
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), International Standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation, The FATF Recommendations (updated October 2021), Paris, octobre 2021 [cité: Les recommandations du GAFI, 2012, (version anglaise mise à jour en octobre 2021)].
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), Procedures for the FATF fourth round of AML/CFT mutual evaluations (updated January 2021), Paris, janvier 2021 [cité: Procédures du GAFI, 2021 (version anglaise mise à jour en janvier 2021)].
- FRIEDLI GEORG, Die gebotene Sorgfalt nach Art. 305<sup>ter</sup> Strafgesetzbuch für Banken, Anwälte und Notare, in: PIETH MARK (éd.), Bekämpfung der Geldwäscherei, Modellfall Schweiz?, éditions Helbing Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, éditions Schäffer – Poeschel, Stuttgart, 1992 [cité: FRIEDLI, Die gebotene Sorgfalt nach Art. 305<sup>ter</sup> Strafgesetzbuch für Banken, Anwälte und Notare].
- GIANNINI MARIO, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, Zur Anwendbarkeit des Geldwäschereitatbestandes (Art. 305<sup>bis</sup> StGB) und des Geldwäschereigesetzes (GwG) auf Rechtsanwälte, thèse, éditions Schulthess, Zurich, 2005 [cité: GIANNINI, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei].
- GRABER CHRISTOPH K., Geldwäscherei, Ein Kommentar zu Art. 305<sup>bis</sup> und 305<sup>ter</sup> StGB, thèse, Université de Berne, Berne, 1990 [cité: GRABER, thèse].



- GRUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), *Guidance for Financial Institutions in Detecting Terrorist Financing*, Paris, le 24 avril 2002 [cité: *Guidance for Financial Institutions in Detecting Terrorist Financing*, 2002].
- GRUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), *Compte rendu annuel/rapport du GAFI visant à identifier les pays ou territoires non coopératifs: Améliorer l'efficacité au plan mondial, des mesures de lutte contre le blanchiment*, Paris, le 22 juin 2001 [cité: *Compte rendu annuel visant à identifier les pays ou territoires non coopératifs*, 2011].
- GRUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), *Les quarante recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux*, Paris, 1990 [cité: *Les recommandations du GAFI*, 1990].
- GRUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), *Les quarante recommandations révisées en 1996*, Paris [cité: *Les recommandations du GAFI*, 1996].
- GRUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), *Les quarante recommandations du GAFI*, Paris, octobre 2003 [cité: *Les recommandations du GAFI*, 2003].
- GRUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), *Les IX recommandations spéciales du GAFI*, Paris, octobre 2003 [cité: *Les IX recommandations spéciales du GAFI*, 2003].
- GRUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), *Mandat du Groupe d'action financière, approuvé par les Ministres et les représentants du Groupe d'action financière*, Washington DC, le 12 avril 2019 [cité: *Mandat du GAFI*].
- GRUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), *Méthodologie d'évaluation de la conformité technique aux recommandations du GAFI et de l'efficacité des systèmes de LBC/FT*, (mise à jour en novembre 2020), Paris, février 2013 [cité: *Méthodologie du GAFI*, 2013, (mise à jour en novembre 2020)].
- GRUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, *Les Recommandations du GAFI*, (mises à jour en octobre 2018), Paris, février 2012 [cité: *Les recommandations du GAFI*, 2012, (version française)].
- GRUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), *Procédures pour le quatrième cycle d'évaluations mutuelles du GAFI en matière de LBC/FT*, Paris, 2019, mises à jour en octobre 2019 [cité: *Procédures du GAFI*, 2019 (version française, mise à jour en octobre 2019)].
- GRUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), *Rapport du GAFI sur le blanchiment de capitaux, 1990-1991*, Paris, le 13 mai 1991 [cité: *GAFI, Rapport annuel II, 1990-1991*].
- GRUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), *Rapport du GAFI sur le blanchiment de capitaux, 1991-1992*, Paris, le 25 juin 1992 [cité: *GAFI, Rapport annuel III, 1991-1992*].

- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport du GAFI sur le blanchiment de capitaux, 1992-1993, Paris, le 29 juin 1993 [cité: GAFI, Rapport annuel IV, 1992-1993].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport du GAFI sur le blanchiment de capitaux, 1993-1994, Paris, le 16 juin 1994 [cité: GAFI, Rapport annuel V, 1993-1994].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 1995-1996, Paris, le 28 juin 1996 [cité: GAFI, Rapport annuel VII, 1995-1996].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 1996-1997, Paris, juin 1997 [cité: GAFI, Rapport annuel VIII, 1996-1997].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 1997-1998, Paris, juin 1998 [cité: GAFI, Rapport annuel IX, 1997-1998].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 1998-1999, Paris, le 2 juillet 1999 [cité: GAFI, Rapport annuel X, 1998-1999].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 1999-2000, Paris, le 22 juin 2000 [cité: GAFI, Rapport annuel XI, 1999-2000].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2000-2001, Paris, le 22 juin 2001 [cité: GAFI, Rapport annuel XII, 2000-2001].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2001-2002, Paris, le 21 juin 2002 [cité: GAFI, Rapport annuel XIII, 2001-2002].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2002-2003, Paris, le 20 juin 2003 [cité: GAFI, Rapport annuel XIV, 2002-2003].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2003-2004, Paris, le 2 juillet 2004 [cité: GAFI, Rapport annuel XV, 2003-2004].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2004-2005, Paris, le 10 juin 2005 [cité: GAFI, Rapport annuel XVI, 2004-2005].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2005-2006, Paris, le 23 juin 2006 [cité: GAFI, Rapport annuel XVII, 2005-2006].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2006-2007, Paris, le 29 juin 2007 [cité: GAFI, Rapport annuel XVIII, 2006-2007].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2007-2008, Paris, le 30 juin 2008 [cité: GAFI, Rapport annuel XIX, 2007-2008].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2008-2009, Paris, juillet 2009 [cité: GAFI, Rapport annuel XX, 2008-2009].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2009-2010, Paris, juillet 2010 [cité: GAFI, Rapport annuel XXI, 2009-2010].

- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2010-2011, Paris, septembre 2011 [cité: GAFI, Rapport annuel XXII, 2010-2011].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2011-2012, Paris, septembre 2012 [cité: GAFI, Rapport annuel XXIII, 2011-2012].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2012-2013, Paris, octobre 2013 [cité: GAFI, Rapport annuel XXIV, 2012-2013].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2013-2014, Paris, octobre 2014 [cité: GAFI, Rapport annuel XXV, 2013-2014].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2014-2015, Paris, 2015 [cité: GAFI, Rapport annuel XXVI, 2014-2015].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2015-2016, Paris, 2016 [cité: GAFI, Rapport annuel XXVII, 2015-2016].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2016-2017, Paris, 2017 [cité: GAFI, Rapport annuel XXVIII, 2016-2017].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2017-2018, Paris, 2018 [cité: GAFI, Rapport annuel XXIX, 2017-2018].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2018-2019, Paris, 2020 [cité: GAFI, Rapport annuel XXX, 2018-2019].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2019-2020, Paris, 2020 [cité: GAFI, Rapport annuel XXXI, 2019-2020].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2020-2021, Paris, 2021 [cité: GAFI, Rapport annuel XXXII, 2020-2021].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport sur les typologies de financement du terrorisme, Paris, 2004-2005 et 2008 [cité: Rapport sur les typologies de financement du terrorisme, 2004-2005 et 2008].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle de la lutte anti-blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme, Suisse, Paris, novembre 2005 [cité: 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2005].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport d'évaluation mutuelle, rapport de suivi, lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme en Suisse, Paris, le 27 octobre 2009 [cité: Rapport de suivi de la Suisse, 2009].
- GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Paris, décembre 2016, [cité: 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2016].

GRUPE INTERDÉPARTEMENTAL DE COORDINATION SUR LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME (GCBF), Rapport sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, Berne, juin 2015, in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.htm>>), consulter à ce titre: <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/39966.pdf>> (22.11.2021) [cité: Rapport du GCBF sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment].

GRUPE INTERDÉPARTEMENTAL DE COORDINATION SUR LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME (GCBF), Deuxième rapport sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme en Suisse, Berne, octobre 2021, in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre: <[https://www.sif.admin.ch/dam/sif/fr/dokumente/Fachinformationen/bericht\\_kggt.pdf.download.pdf/Rapport%20GCBF.pdf](https://www.sif.admin.ch/dam/sif/fr/dokumente/Fachinformationen/bericht_kggt.pdf.download.pdf/Rapport%20GCBF.pdf)> (22.11.2021) [cité: Deuxième rapport du GCBF sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment].

GRUPE INTERDÉPARTEMENTAL DE COORDINATION SUR LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME (GCBF), Blanchiment d'argent et financement du terrorisme par le biais d'organismes à but non lucratif, Berne, le 22 juin 2017, in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/48926.pdf>> (22.11.2021) [cité: Rapport du GCBF sur le blanchiment d'argent et financement du terrorisme par le biais d'organismes à but non lucratif, juin 2017].

GRUPE INTERDÉPARTEMENTAL DE COORDINATION SUR LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME (GCBF), Risque de blanchiment d'argent associé aux personnes morales, Berne, novembre 2017, in: Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI), (<<https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home.html>>), consulter à ce titre: <[https://www.sif.admin.ch/dam/sif/fr/dokumente/Integrit%C3%A4t%20des%20Finanzplatzes/national-risk-assessment.pdf.download.pdf/National%20Risk%20Assessment%20\(NRA\)%20-%20F.pdf](https://www.sif.admin.ch/dam/sif/fr/dokumente/Integrit%C3%A4t%20des%20Finanzplatzes/national-risk-assessment.pdf.download.pdf/National%20Risk%20Assessment%20(NRA)%20-%20F.pdf)> (22.11.2021) [cité: Rapport du GCBF sur les personnes morales, novembre 2017].

GRUPE INTERDÉPARTEMENTAL DE COORDINATION SUR LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME (GCBF), National Risk Assessment (NRA): La corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent, Berne, janvier 2019, in: Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI), (<<https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.sif.admin.ch/dam/sif/fr/d>

- okumente/Integrit%C3%A4t%20des%20Finanzplatzes/nra\_bericht\_korruption.pdf.download.pdf/20190710\_ber-korruption-geldwaescherei-f\_final.pdf> (22.11.2021) [cité: Rapport du GCBF sur la corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent, janvier 2019].
- HÄNNI DOMINIQUE, L'examen par les pairs en droit international : quelle légitimité procédurale? L'exemple du GRECO et les cycles d'évaluation, in: AUBY JEAN-BERNARD/CHEVALIER ÉMILIE/SLAUTSKY EMMANUEL, *Le futur du droit administratif/the future of administrative law*, éditions LexisNexis, Paris, 2019, p. 453 à 475 [cité: HÄNNI, L'examen par les pairs en droit international : quelle légitimité procédurale?].
- HERREN C. NICOLAS, Le blanchiment d'argent dans la jurisprudence des tribunaux fédéraux, in: *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle (AJP/PJA)*, 9/2017, p. 1118 s. [cité: HERREN, Le blanchiment d'argent dans la jurisprudence des tribunaux fédéraux].
- HERZOG FELIX/ACHTELIK OLAF (éd.), *Kommentar Geldwäschegesetz*, seconde édition, éditions Beck, Munich, 2014, [cité: *Kommentar dGwG-AUTEUR*].
- KARRER ALEXANDER, Anpassungen der Geldwäschereigesetzgebung vor dem Hintergrund internationaler Entwicklungen, in: *Jusletter*, 20 juin 2005 [cité: KARRER].
- KIRSCH SASCHA, *Geldwäschereitechniken Systematiken und deren Beurteilung*, éditions VDM Dr. Müller, Saarbrücken, 2006 [cité: KIRSCH, *Geldwäschereitechniken*].
- KRÄMER GREGOR, *Die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, die Tätigkeit der FATF als internationaler Standardsetter*, éditions Nomos, Baden Baden, 2008 [cité: KRÄMER, *Die Tätigkeit der FATF als Standardsetter*].
- KUNZ MICHAEL, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012, in: *Jusletter* du 23 février 2015 [cité: KUNZ, *Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012*].
- KUNZ PETER V./JUTZI THOMAS/SCHÄREN SIMON (éd.), *Stämpfli Handkommentar zum Geldwäschereigesetz (GwG)*, éditions Stämpfli, Berne, 2017 [cité: *SHK GwG-AUTEUR*].
- LENGAUER DANIEL/RUCKSTUHL LEA, *Recht für die Praxis, Compliance*, éditions Schulthess, Zurich, 2017, p. 301 à 315 [cité: LENGAUER/RUCKSTUHL, *Compliance, Meldewesen*].
- LOMBARDINI CARLO, *Banques et blanchiment d'argent*, 3<sup>e</sup> édition, éditions Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2016 [cité: LOMBARDINI].
- MACALUSO ALAIN/QUELOZ NICOLAS/MOREILLON LAURENT/ROTH ROBERT (éd.), *Commentaire romand Code pénal I*, première édition, éditions Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2017 [cité: *CR CPI-AUTEUR*].

- MACALUSO ALAIN/QUELOZ NICOLAS/MOREILLON LAURENT/ROTH ROBERT (éd.), Commentaire romand Code pénal II, première édition, éditions Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2017 [cité: CR CPII-AUTEUR].
- MACALUSO ALAIN/GARBARSKI ANDREW M., L'art. 102 CP ne consacre pas une infraction de mauvaise organisation, Remarques sur la nature juridique de la responsabilité pénale de l'entreprise, in: Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle, 2/2019, p. 194 s. [cité: MACALUSO/GARBARSKI, Remarques sur la nature juridique de la responsabilité pénale de l'entreprise].
- MARIANI GIULIA, L'assujettissement à la LBA des activités de conseil des avocats, in: Jusletter du 30 octobre 2017 [cité: MARIANI, L'assujettissement à la LBA des activités de conseil des avocats].
- MARKWALDER NORA, Der Tatbestand der Geldwäscherei im Schweizerischen Strafgesetzbuch: Theorie und Praxis, in: St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, SESTER PETER, BRÄNDLI BEAT, BARTHOLET OLIVER, SCHILTKNECHT RETO (éd.), éditions Dike, Zurich/Saint-Gall, 2018 [cité: MARKWALDER].
- MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION, Rapport de gestion 2016, Berne, avril 2017 [cité: MPC, Rapport de gestion 2016].
- MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION, Rapport de gestion 2017, Berne, avril 2018 [cité: MPC, Rapport de gestion 2017].
- MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION, Rapport de gestion 2018, Berne, avril 2019 [cité: MPC, Rapport de gestion 2018].
- MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION, Rapport de gestion 2019, Berne, avril 2020 [cité: MPC, Rapport de gestion 2019].
- MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION, Rapport de gestion 2020, Berne, avril 2021 [cité: MPC, Rapport de gestion 2020].
- MOLO GIOVANNI/GALLIANO DANIELE, L'introduction du blanchiment fiscal dans le domaine de la fiscalité directe, in: Jusletter du 23 février 2015 [cité: MOLO/GALLIANO, L'introduction du blanchiment fiscal].
- MONFRINI ENRICO, *The Abacha case*, in: PIETH MARK (éd.), *Recovering Stolen Assets*, éditions Peter Lang, Berne, 2008 [cité: MONFRINI, *The Abacha case*].
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (éd.), *Basler Kommentar Strafrecht*, 3<sup>e</sup> édition, éditions Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2013 [cité: BSK 2013 StGB-AUTEUR].
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (éd.), *Basler Kommentar Strafrecht*, 4<sup>e</sup> édition, éditions Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2019 [cité: BSK StGB-AUTEUR].

- NOBEL PETER, Internationale Standards im Finanzmarktrecht: Im Allgemeinen und im Besonderen, in: BUCHER EUGEN et al., (éd.), Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, éditions Stämpfli, Berne, 2005 [cité: NOBEL, Internationale Standards].
- NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3<sup>e</sup> édition, éditions Stämpfli, Berne, 2010 [cité: NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards].
- NOBEL PETER, Wieviel Regulierung – wieviel globale Standards? Globale Finanzmärkte versus nationale Gesetzgebung und Aufsichtsbehörden, in: STREBEL-AERNI BRIGITTE, (éd.), Standards für nachhaltige Finanzmärkte, éditions Schulthess, Zurich, 2008 [cité: NOBEL, Wieviel Regulierung – wieviel globale Standards?].
- ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), rapport sur la phase 4 de l'évaluation de la Suisse pour la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, Paris, le 15 mars 2018 [cité: Rapport de l'OCDE sur l'évaluation de la Suisse en matière de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers du 15 mars 2018].
- PIETH MARK/AIOLFI GEMMA, Anti-Money Laundering: Levelling the Playing Field, in: Basel Institute on Governance, Working Paper, Bâle, 2003 [cité: PIETH/AIOLFI, Anti-Money Laundering: Levelling the Playing Field].
- PIETH MARK, Der Einfluss des internationalen Rechts auf das Schweizer Strafrecht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, ZSR 2012/2 [cité: PIETH, Der Einfluss des internationalen Rechts auf das Schweizer Strafrecht].
- PIETH MARK, Die Aufspürung illegaler Gewinne, Bekämpfung der Geldwäsche im internationalen Vergleich, Kriminalistik, Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis, Kriminalistik éditions Heidelberg, 1/94 [cité: PIETH, Die Aufspürung illegaler Gewinne].
- PIETH MARK, Die Praxis der Geldwäscherei, in: TRECHSEL STEFAN, (éd.), Geldwäscherei, Prävention und Massnahmen zur Bekämpfung, éditions Schulthess, Zurich, 1997 [cité: PIETH, Die Praxis der Geldwäscherei].
- PIETH MARK, International standards against money laundering, in: PIETH MARK/AIOLFI GEMMA, A Comparative Guide to Anti-Money Laundering. A Critical Analysis of Systems in Singapore, Switzerland, the UK and the USA, éditions Edward Elgar Publishing, Cheltenham (USA), 2004 [cité: PIETH, International standards against money laundering].

- PIETH MARK, Ist der FIFA noch zu helfen?, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, ZSR 2015/1 [cité: PIETH, Ist der FIFA noch zu helfen?].
- PIETH MARK, Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz, in: PIETH MARK (éd.), Bekämpfung der Geldwäscherei, Modellfall Schweiz?, éditions Helbing Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-la-Main, éditions Schäffer – Poeschel, Stuttgart, 1992 [cité: PIETH, Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz].
- POL RONALD F., Anti-money laundering effectiveness: assessing outcomes or ticking boxes?, in: Journal of money laundering control, vol. 21, n°2, 2018, p. 215 à 230, éditions Emerald Publishing Ltd., [cité: POL, assessing outcomes or ticking boxes?].
- PONTE CARLA, Finanzwelt im Kampf gegen die Geldwäscherei: Wie weiter?, in: TRECHSEL STEFAN, (éd.), Geldwäscherei, Prävention und Massnahmen zur Bekämpfung, éditions Schulthess, Zurich, 1997 [cité: PONTE, Finanzwelt].
- REHBERG JÖRG, Zürcher Grundrisse des Strafrechts, Strafrecht IV: Delikte gegen die Allgemeinheit, seconde édition, éditions Schulthess, Zurich, 1996 [cité: REHBERG, Zürcher Grundrisse des Strafrechts].
- REINLE MICHAEL, Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz, Die Banken im Spannungsfeld zwischen Geldwäschereibekämpfung und Vertrauensverhältnis zum Bankkunden, éditions Dike, Zurich/Saint-Gall 2007 [cité: REINLE, Die Meldepflicht im GwG].
- ROMANO MICHELE, Defeating the Hydra, Risks Arising from Transnational Money Laundering and States Responsibility in the Implementation of the Financial Action Task Force Forty Recommendation, in: MARSCHNER LAURA/ZUMSTEG PATRICE, (éd.), Risiko und Verantwortlichkeit, éditions Dike, Zurich/Saint-Gall, 2016 [cité: ROMANO, Defeating the Hydra].
- ROTH MONIKA, Die Spielregeln des Private Banking in der Schweiz, Rechtliche Regelungen, Standes- und Verhaltensregeln für Banken bei Anlageberatung und Vermögensverwaltung, 4<sup>e</sup> édition, éditions Finanz und Wirtschaft AG, Zurich, 2016 [cité: ROTH, Die Spielregeln des Private Banking].
- ROTH MONIKA, Soft Law – Ordnungsvisionen im flux, Eine Standortbestimmung mit Fokus auf compliance relevante Fragestellungen, éditions Stämpfli, Berne, 2006 [cité: ROTH, Soft Law – Ordnungsvisionen im flux].
- ROTH MONIKA, Good Corporate Governance: Compliance als Bestandteil des internen Kontrollsystems, Ein Handbuch für die Praxis, seconde édition, éditions Dike, Zurich/Saint-Gall, 2006 [cité: ROTH, Good Corporate Governance].
- SCHMID NIKLAUS, Einziehung (Art. 69 à 73 StGB), in: SCHMID NIKLAUS (éd.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, tome I,



- seconde édition, éditions Schulthess, Zurich, 2007, [cité: SCHMID, Kommentar Einziehung].
- SCHRÖDER MARC, Die Umsetzung der revidierten FATF-Standards in der Schweiz und der EU, tome 87, éditions Schulthess, Zurich, Bâle, Genève, 2016 [cité: SCHRÖDER, Die Umsetzung der revidierten FATF-Standards in der Schweiz und der EU].
- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 6<sup>e</sup> édition, éditions Stämpfli, Berne, 2008 [cité: STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II].
- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7<sup>e</sup> édition, éditions Stämpfli, Berne, 2013 [cité: STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II-2013].
- STRATENWERTH GÜNTER, Geldwäscherei – ein Lehrstück der Gesetzgebung, in: PIETH MARK (éd.), Bekämpfung der Geldwäscherei, Modellfall Schweiz?, éditions Helbing Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-la-Main, éditions Schäffer – Poeschel, Stuttgart, 1992 [cité: STRATENWERTH, Geldwäscherei – ein Lehrstück der Gesetzgebung].
- TAUBE TAMARA, Die Schwarze Liste der FATF – was droht der Schweiz wirklich?; Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, recht 2014/5 [cité: TAUBE, Die Schwarze Liste der FATF].
- TAUBE TAMARA, Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag, thèse, éditions Dike Zurich/Saint-Gall, 2013 [cité: TAUBE, thèse].
- THELESKLAF DANIEL/WYSS RALPH/ZOLLINGER DAVE/VAN THIEL MARK, Kommentar Geldwäschereigesetz, seconde édition, éditions Orell Füssli, Zurich, 2009 [cité: OFK 2009/GwG-AUTEUR].
- THELESKLAF DANIEL/WYSS RALPH/VAN THIEL MARK/ORDOLLI STILIANO, Kommentar Geldwäschereigesetz, 3<sup>e</sup> édition mise à jour, éditions Orell Füssli, Zurich, 2019 [cité: OFK/GwG/AMLA-AUTEUR].
- THÜRER DANIEL, «Soft Law» – eine neue Form von Völkerrecht?, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, vol. 104/I, 1985, S. 429 à 453 [cité: THÜRER, «Soft Law» – eine neue Form von Völkerrecht?].
- THÜRER DANIEL, «Soft Law», in: RUDOLF BERNHARD (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, vol. IV, Amsterdam/London/New York/Oxford/Paris/Shannon/Tokyo 2000, S. 452-460 [cité: THÜRER, Encyclopedia of Public International Law].

- TRAVAGLIO MARCO, Promemoria 15 anni di storia d'Italia ai confini della realtà, éditions Corvino Media, Bologne, 2009 [cité: TRAVAGLIO].
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (éd.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxis-kommentar, 3<sup>e</sup> édition, éditions Dike, Zurich, 2017 [cité: PK StGB-AUTEUR].
- TRIGO TRINDADE RITA, Jurisprudence récente du droit bancaire privé, in: Thévenoz Luc, Bovet Christian, (éd.), Journée de droit bancaire et financier, éditions Stämpfli, Berne, 2001, p. 216 [cité: TRIGO TRINDADE].
- TROXLER TIZIAN, International Standards in Swiss Financial Market Law, in: Jusletter, 16 novembre 2015 [cité: TROXLER, International Standards].
- UNITED STATES DISTRICT COURT, SOUTHERN DISTRICT OF TEXAS, HOUSTON DIVISION, in re United States of America v. Luis Carlos De Leon-Perez, Nervis Gerardo, Villalobos-Cardenas, Cesar David Rincon-Godoy, Alejandro Isturiz-Chiesa, And Rafael Ernesto Reiter-Munoz, Indictment, Criminal No. 17CR514, 29 août 2017, in: The United States Department of Justice (DOJ), (<www.justice.gov>), consulter à ce titre: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1033901/download> (22.11.2021) [cité: United States district court, southern district of Texas, acte d'accusation dans l'affaire PDVSA du 29 août 2018].
- VILLARD KATIA, Blanchiment d'argent: la banque face au risque pénal, in: Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, SZW/RSDA 2/2018, p. 113 à 124 [cité: VILLARD, la banque face au risque pénal].
- VOGLER ROBERT U., Das Schweizer Bankgeheimnis: Entstehung, Bedeutung, Mythos, Verein für Finanzgeschichte, vol. 7, Zurich et Liechtenstein 2005 [cité: VOGLER].
- WEISSER BETTINA, Expertokratie? – Über Macht und Ohnmacht von Experten im Hinblick auf die Strafrechtsentwicklung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZSTW), 2017, vol. 129/4, p. 961 à 994 [cité: WEISSER, Expertokratie? – Über Macht und Ohnmacht von Experten].
- WHITE MIKE, Länderspezifische gesetzliche und regulatorische Anforderungen in der Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung in den USA, in: GEHRA BERNHARD/GITTFRIED NORBERT/LIENKE GEORG (éd.), Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, éditions C.F. Müller, Heidelberg, 2019 [cité: WHITE].
- WIENOLD OLESYA, Regelungen zur Geldwäsche in Deutschland und in Russland. Eine vergleichende Untersuchung, thèse, éditions Dike, Zurich, 2010 [cité: WIENOLD, thèse].

- ZENTES UTA/GLAAB SEBASTIAN (éd.), Frankfurter Kommentar Geldwäschereigesetz, Geldtransfer Verordnung, relevante Vorgaben aus AO, KWG, StGB und VAG, Deutscher Fachverlag, Francfort-sur-le Main, 2018 [cité: Frankfurter Kommentar dGwG-AUTEUR].
- ZENTES UTA/GLAAB SEBASTIAN, Änderungen durch die GwG-Novelle zur Umsetzung der fünften EU-Geldwäschereirichtlinie und ihre Auswirkungen auf die Verpflichteten, Betriebs-Berater, BB 2019, p.1667 à 1673. [cité: ZENTES/GLAAB, Änderungen durch die GwG-Novelle].
- ZOLLINGER DAVE, Meldepflichten, in: St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, SESTER PETER, BRÄNDLI BEAT, BARTHOLET OLIVER, SCHILTKNECHT RETO (éd.), éditions Dike, Zurich/Saint-Gall, 2018 [cité: ZOLLINGER, Internationale Konvergenz in der Finanzmarktregulierung].
- ZUBERBÜHLER DANIEL, Banken als Hilfspolizisten zur Verhinderung der Geldwäscherei – Sicht eines Bankaufsehers?, in: PIETH MARK (éd.), Bekämpfung der Geldwäscherei, Modelfall Schweiz?, éditions Helbing Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, éditions Schäffer – Poeschel, Stuttgart, 1992 [cité: ZUBERBÜHLER, Banken als Hilfspolizisten zur Verhinderung der Geldwäscherei?].
- ZUBERBÜHLER DANIEL, Die Geldwäschereibekämpfung, in: Nobel Peter (éd.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Tagung der HSG-Weiterbildungsstufe 1992, tome I, Berne 1993, p. 126 s. [cité: ZUBERBÜHLER, Die Geldwäschereibekämpfung].
- ZUBERBÜHLER DANIEL, Finanzmarktregulierung kein Ende?, in: Héritier Lachat Anne, Hirschi Laurent, De lege ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch, éditions Slatkine, Genève, 2004, p. 288 à 297 [cité: ZUBERBÜHLER, Finanzmarktregulierung kein Ende?].
- ZULAUF URS, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz – zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht, ZSR 1994, p. 359 à 535 [cité: ZULAUF, zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht].
- ZULAUF URS/SIEGEL MARC, Expérience et pratique de l'autorité de surveillance suisse face à l'abus du système financier par des personnes politiquement exposée, in: THÉVENOZ LUC, BOVET CHRISTIAN, éditeurs, Journée de droit bancaire et financier, éditions Stämpfli, Berne, 2003, p. 141 à 163 [cité: ZULAUF/SIEGEL, Expérience et pratique de la CFB avec les PPE].



## Introduction

La présente contribution est une étude historique et critique de la portée et des limites des recommandations du GAFI, ainsi que sur les conséquences législatives de leur transposition dans le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent suisse. Par souci de concision, le contenu de notre recherche a été volontairement limité. Ainsi, nous n'aborderons pas dans le cadre de ce travail l'élaboration et la consolidation de toutes les conventions internationales et dispositions européennes qui imposent souvent le respect des recommandations du GAFI. Néanmoins, il sera fait ponctuellement mention des normes internationales ou privées qui ont influencé les travaux du GAFI. Enfin, nous n'avons pas mentionné les révélations des *Pandora Papers* publiées début octobre 2021, dans la mesure où elles ne modifient pas les conclusions relatives aux *Panama Papers*. Finalisée à la fin novembre 2021, cette thèse se base sur le droit en vigueur, la jurisprudence et les ouvrages publiés jusqu'à cette date. Pour une lecture plus aisée, nous avons par ailleurs renoncé à utiliser une terminologie épiciène.

La première partie de notre contribution illustre, comment les recommandations du GAFI ont évolué au fil du temps jusqu'à devenir le standard international en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Nous nous pencherons ensuite sur la portée et les limites des 40 recommandations, en nous concentrant en particulier sur la structure et les principes de gouvernance du GAFI. Enfin, nous clôturerons ce premier titre par une étude comparant les droits suisse, allemand et des États-Unis, afin, d'une part, d'examiner la transposition des recommandations du GAFI par le biais de certaines mesures préventives de lutte contre le blanchiment d'argent, et, d'autre part, d'étudier si la mise en œuvre de ces standards internationaux se fait de manière homogène.

Dans la deuxième partie, nous présenterons les plus grandes affaires de blanchiment d'argent d'envergure internationale ayant marqué la place financière suisse ces trois dernières décennies. Nous démontrerons par la suite comment ces affaires et les recommandations du GAFI ont influencé la genèse et l'évolution du cadre législatif suisse. Bien que cette deuxième partie porte essentiellement sur la lutte contre le blan-

chiment d'argent, elle abordera également brièvement les éléments principaux de la lutte contre le financement du terrorisme.

Dans la troisième et dernière partie, nous analyserons certaines statistiques fournies par les autorités suisses engagées dans la lutte contre le blanchiment d'argent et conclurons notre thèse par une analyse des recommandations du GAFI à la lumière de considérations historiques, juridiques et de droit comparé. Notre travail nous permettra de répondre notamment aux questions suivantes : au fil du temps, le GAFI est-il devenu un organisme guidé par des principes de gouvernance inspirant une confiance institutionnelle ? Les recommandations du GAFI peuvent-elles être considérées comme des standards minimaux qui garantissent une mise sur pied d'égalité (*level playing field*) entre les États membres ? L'évolution du cadre législatif helvétique est-elle le fruit des affaires de blanchiment d'argent des dernières décennies, ou bien des recommandations du GAFI ? Quels enseignements le droit comparé permet-il de tirer ? Quels sont les facteurs au sein du GAFI qui empêchent de lutter efficacement contre le blanchiment d'argent et quels aspects pourraient être améliorés ?

Première partie :

**L'évolution du GAFI au fil du temps**





# I Le GAFI et ses 40 recommandations

## 1. La constitution d'une *task force*

Selon les estimations effectuées à l'échelle mondiale<sup>1</sup>, le trafic de stupéfiants avait atteint un niveau inquiétant à la fin des années quatre-vingt. Les criminels disposaient de très grandes quantités de capital qu'ils devaient introduire dans le circuit financier légal et les trafiquants de stupéfiants sud-américains abusaient systématiquement des banques suisses pour investir leurs avoirs<sup>2</sup>. À la lumière de ce qui précède, il était urgent de trouver une solution au niveau international pour lutter contre le blanchiment d'argent provenant du trafic de stupéfiants. Fort de ce constat, lors du sommet du Groupe de sept principaux pays industrialisés (G7)<sup>3</sup> de 1989 à Paris, les chefs de gouvernement et le président de la Commission des communautés européennes décidèrent, sur proposition des États-Unis<sup>4</sup>, de constituer une *task force* nommée «Groupe d'action financière (GAFI)» pour lutter contre la production, la consommation et le trafic de stupéfiants ainsi que le blanchiment de ses produits<sup>5</sup>. La décision économique du 16 juillet 1989 à l'issue du sommet du G7 prévoyait ce qui suit:

*«The drug problem has reached devastating proportions. We stress the urgent need for decisive action, both on a national and an international basis. We urge all countries, especially those where drug production, trading and consumption are large, to*

---

<sup>1</sup> Selon PIETH, il existe des opinions divergentes sur le volume des ventes mondiales de stupéfiants et sur les revenus générés pour chaque étape de production. Les ventes mondiales étaient estimées entre 100 et 600 milliards USD par année dans les années nonante; cf. PIETH, *Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz*, p. 12. Toutefois ces estimations n'ont jamais pu être confirmées, cf. MARKWALDER, N 4.

<sup>2</sup> PIETH, *Der Einfluss des internationalen Rechts auf das Schweizer Strafrecht*, p. 245; PIETH/ATOLFI, *Anti-Money Laundering: Levelling the Playing Field*, p. 9.

<sup>3</sup> Font partie du G7 les États-Unis, le Japon, l'Allemagne, la France, le Royaume-Uni, l'Italie, le Canada. La Russie a fait l'objet d'une suspension depuis son annexion de la Crimée en 2014 et s'est définitivement retirée en 2017.

<sup>4</sup> CASSANI, *L'internalisation du droit pénal économique*, p. 238.

<sup>5</sup> GAFI, *Rapport annuel II, 1990-1991*, p. 4.

*join our efforts to counter drug production, to reduce demand, and to carry forward the fight against drug trafficking itself and the laundering of its proceeds. Accordingly, we resolve to take the following measures [...] Convene a financial action task force from Summit participants and other countries interested in these problems. Its mandate is to assess the results of cooperation already undertaken in order to prevent the utilization of the banking system and financial institutions for the purpose of money laundering, and to consider additional preventive efforts in this field, including the adaptation of the legal and regulatory systems so as to enhance multilateral judicial assistance. The first meeting of this task force will be called by France and its report will be completed by April 1990.»<sup>6</sup>*

Huit autres pays<sup>7</sup>, parmi lesquels figurait aussi la Suisse, rejoignirent le GAFI en qualité de membres fondateurs pour partager leur expérience en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

### **1.1 L'élaboration de 40 recommandations pour lutter contre le blanchiment d'argent**

À la fin des années quatre-vingt, le trafic de stupéfiants était déjà punissable selon la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 des Nations Unies<sup>8</sup>. Toutefois, suite à la forte augmentation de ce trafic, les Nations Unies adoptèrent en 1988 la Convention de Vienne<sup>9</sup>. Les États signataires se sont engagés à ériger le blanchiment d'argent qui, à l'époque, était limité au produit provenant du trafic des stupéfiants, en infraction pénale et à prévoir des dispositions relatives à la confiscation et à l'entraide judiciaire<sup>10</sup>. Deux ans plus tard, en 1990, le Conseil de l'Europe, influencé<sup>11</sup> par la Convention de Vienne, adopta la Convention de Strasbourg. Le champ d'application de la Convention de Strasbourg va au-delà de la Convention de Vienne, car il couvre toutes les formes de criminalité grave et ne se limite pas au seul trafic de stupéfiants comme infraction préalable au blanchiment d'argent. Étant donné qu'il pouvait s'avérer difficile pour les États membres de ratifier la Convention de Vienne dans un délai raisonnable, et compte tenu de la nécessité de progresser dans la lutte contre le blanchiment

---

<sup>6</sup> SOMMET DU G7, Déclaration économique du G7 du 16 juillet 1989, par. 52 à 53, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<https://www.fatf-gafi.org/fr/>); consulter à ce titre: (<http://www.g8.utoronto.ca/summit/1989paris/communique/index.html>) (22.11.2021).

<sup>7</sup> Suède, Pays-Bas, Belgique, Luxembourg, Suisse, Autriche, Espagne et Australie, in: GAFI, Rapport annuel II, 1990-1991, p. 4.

<sup>8</sup> Art. 36, al. 1, de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (RS 0.812.121.0).

<sup>9</sup> Cf. art. 3, ch. 1, let. b et c et art. 5 de la Convention de Vienne.

<sup>10</sup> BSK StGB II 2013-PIETH ad Vor Art. 305<sup>bis</sup> N 13.

<sup>11</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 244.

d'argent, le GAFI décida d'intégrer certaines dispositions<sup>12</sup> dans ses recommandations de 1990<sup>13</sup>. Cela dit, les recommandations du GAFI d'alors sont allées au-delà de ce que prévoyait ladite convention<sup>14</sup>.

Par ailleurs, le GAFI s'inspira également de la Déclaration de 1988 sur la prévention de l'utilisation du système bancaire pour le blanchiment de fonds d'origine criminelle du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (*Basel Statement of Principles*). Toutefois et contrairement aux *Basel Statement of Principles*, le GAFI ne se limita pas à la seule analyse des questions relatives à l'identification du cocontractant et à la collaboration avec les autorités en cas de soupçons de blanchiment d'argent, mais il régla également les questions relatives aux bénéficiaires économiques (R. 13/1990) et à la conservation des documents durant cinq années au moins (R. 14/1990). Alors que les *Basel Statement of Principles* s'appliquaient exclusivement aux institutions financières, les recommandations du GAFI furent étendues aux institutions financières non bancaires (R. 9 à 11/1990)<sup>15</sup>.

La Convention de Vienne et les *Basel Statement of Principles* réglementaient les aspects de droit pénal et certaines obligations de diligence en matière de blanchiment d'argent. Toutefois, elles ne comprenaient pas une approche consolidée incluant les deux aspects. Il devint clair qu'il était nécessaire d'élaborer une approche polyvalente pour lutter contre l'aggravation du trafic de stupéfiants et le blanchiment d'argent en découlant<sup>16</sup>. Fort de ce constat, le GAFI poursuivit une idée novatrice pour l'époque et décida d'intégrer le secteur financier dans la lutte contre le blanchiment d'argent, étant donné que l'argent sale était soit infiltré par le biais des intermédiaires financiers dans les circuits financiers nationaux formels ou informels, soit envoyé à l'étranger dans des pays peu réglementés pour ensuite être rapatrié pour des raisons en apparence légales<sup>17</sup>.

Selon GILMORE, «[...] la décision du GAFI de placer les banques et autres institutions financières *«au premier plan de la lutte contre le blanchiment»* ne reposait pas exclusivement sur une évaluation du rôle clé qu'elles pourraient jouer dans le processus de détection. Un autre facteur important était la prise en compte, chaque fois plus

<sup>12</sup> À titre d'exemple on peut mentionner l'incrimination du blanchiment issu du trafic de stupéfiants ainsi que la confiscation des produits du crime et des mesures provisoires connexes; cf. GILMORE, *L'argent sale*, p. 104 et les références citées.

<sup>13</sup> GILMORE, *L'argent sale*, p. 104 et les références citées.

<sup>14</sup> La recommandation 5/1990 du GAFI prévoyait que les États membres devaient étendre l'infraction de blanchiment d'argent issu du trafic de stupéfiants à d'autres infractions.

<sup>15</sup> GILMORE, *L'argent sale*, p. 106 et les références citées.

<sup>16</sup> GILMORE, *L'argent sale*, p. 101 et les références citées.

<sup>17</sup> GILMORE, *L'argent sale*, p. 102 et les références citées.

*grande, de l'impact négatif que <l'argent sale> peut avoir sur les institutions de crédit et financières via lesquelles il transite ou dans lesquelles il est mis en dépôt ou investi au cours d'opérations de blanchiment [...].»<sup>18</sup>*

Selon CASSANI, «[...] le GAFI invente une nouvelle configuration de la lutte contre la criminalité engendrant des profits. Cette nouvelle configuration redessine le partage des rôles entre l'État et les intermédiaires financiers, dans lequel ces derniers se voient conférer une coresponsabilité, certes limitée, en même temps qu'elle redéfinit les paramètres du rapport qui unit l'intermédiaire financier à son client.»<sup>19</sup>

PIETH, quant à lui, pense que les standards du GAFI ont réussi pour la première fois à réunir les aspects de poursuite pénale et de surveillance en matière de marchés financiers<sup>20</sup>.

Nous partageons l'avis de ces auteurs, dans la mesure où le GAFI a joué un rôle de pionnier en incluant le secteur financier dans ses standards en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

L'objectif premier depuis la création de la *task force* du GAFI était d'élaborer des normes internationales pouvant être adoptées par les États membres et faire l'objet d'une mise en œuvre universelle<sup>21</sup>. Ainsi, le GAFI publia un premier rapport contenant des recommandations relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent en avril 1990. Les 40 recommandations y étaient subdivisées en trois chapitres principaux: d'abord, l'amélioration des systèmes juridiques nationaux de lutte contre le blanchiment d'argent; ensuite, le renforcement du rôle du système financier; et enfin, l'intensification de la coopération internationale<sup>22</sup>. Les recommandations étaient formulées comme des normes minimales afin de tenir compte des réalités des différents pays. Cette solution nous paraît justifiée, si l'on tient compte du fait que les réalités juridiques et économiques des États membres peuvent différer les unes des autres<sup>23</sup>. Toutefois, cette approche est devenue obsolète au fil du temps, car les recommandations du GAFI sont devenues de plus en plus détaillées et complexes<sup>24</sup>.

En résumé, les 40 recommandations du GAFI ont érigé des exigences minimales autour de cinq obligations principales de l'intermédiaire financier, à savoir: les infractions préalables au blanchiment d'argent, l'identification de clients et des ayants droit économiques, le traitement des transactions et des clients à risque accru, la conserva-

---

<sup>18</sup> GILMORE, *L'argent sale*, p. 102 et les références citées.

<sup>19</sup> CASSANI, *L'internationalisation du droit pénal économique*, p. 247.

<sup>20</sup> PIETH, *Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz*, p. 17.

<sup>21</sup> GILMORE, *L'argent sale*, p. 101 et les références citées.

<sup>22</sup> Les recommandations du GAFI, 1990, p. 2 s.

<sup>23</sup> GILMORE, *L'argent sale*, p. 103 et les références citées.

<sup>24</sup> Cf. partie I, titre II, chapitre 3.3.

tion des documents et la communication des relations d'affaires et des transactions suspectes<sup>25</sup>.

## 1.2 La nature juridique des recommandations du GAFI

Les 40 recommandations du GAFI sont reconnues comme étant le standard international en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et de la prolifération des armes de destruction massive<sup>26</sup>.

Mais que faut-il comprendre par standard international ? Selon NOBEL, on entend par standards internationaux des règles de conduite, des objectifs et des principes qui sont reconnus à une échelle internationale et qui sont admis être les meilleurs et les plus efficaces dans le domaine dédié. Toujours selon cet auteur, les standards internationaux doivent être compris, dans le domaine financier, comme étant des recommandations et des directives élaborées pour l'aménagement et le développement des systèmes financiers nationaux<sup>27</sup>. C'est le lieu de préciser que les standards internationaux se limitent à résumer les bonnes pratiques « *best practice* » à adopter dans un domaine spécifique. Ils ne font donc pas partie du droit positif et n'ont pas un caractère contraignant. Par conséquent, ils peuvent être qualifiés de droit souple (« *soft law* »)<sup>28</sup>. Ce terme a été défini par DELMAS-MARTY comme ayant un double sens : droit mou et droit doux. Toujours selon cet auteur, cette double signification pourrait suggérer que la souplesse du droit peut affecter sa force obligatoire et/ou contraignante<sup>29</sup>. Selon THÜRER, la notion de *soft law* est absurde d'un point de vue dogmatique, car une loi est dure ou n'a pas lieu d'être<sup>30</sup>. La *soft law* peut être adoptée par des autorités ou des personnes privées, à un niveau national ou multinational. Le spectre des formes est large et comprend selon les cas des simples déclarations, des mesures concrètes, des actes finaux à la suite de conférences gouvernementales, des résolutions ou des recommandations qui renferment des responsabilités politiques<sup>31</sup>.

THÜRER définit le concept de *soft law* comme suit : « *Firstly, soft law does generally express common expectations concerning the conduct of international relations as it*

<sup>25</sup> BECKER, thèse, 2010, p. 119.

<sup>26</sup> Qui sommes-nous ? in : Groupe d'action financière (GAFI), (<<https://www.fatf-gafi.org/fr/>> ; consulter à ce titre : <<https://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/>> (22.11.2021).

<sup>27</sup> NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, par. 84.

<sup>28</sup> « 1. *Collectively, rules that are neither strictly binding nor completely lacking in legal significance.* 2. *International law. Guidelines, policy declarations, or codes of conduct that set standards of conduct but are not legally binding* » ; cf. The Black's Law Dictionary, Ninth Edition, Thomas Reuters, United States of America, 2009, p. 1519.

<sup>29</sup> DELMAS-MARTY, Le relatif et l'universel, p. 181 à 182.

<sup>30</sup> THÜRER, « Soft Law » – eine neue Form von Völkerrecht ?, p. 441.

<sup>31</sup> PIETH, Der Einfluss des internationalen Rechts auf das Schweizer Strafrecht, p. 243 et les références citées.

*is often shaped by or arises within the framework of international organizations. Secondly, soft law is created by subjects of international law – in contrast to commercial customs and rules such as codes of conduct set up by private organizations or through all stages of the procedures prescribed for international law-making; they do not stem from a formal source of law and thus lack legal binding force. Fourthly, soft law – despite its legally noncommittal quality – is characterized by a certain proximity to the law and above all by its capacity to produce certain legal effects.»<sup>32</sup>*

Il s'ensuit que les normes émanant d'organisations internationales n'ont pas une valeur juridique contraignante aussi longtemps qu'elles n'ont pas été transposées dans le droit interne, respectivement dans le droit national<sup>33</sup>, mais qu'elles peuvent tout de même produire des effets juridiques. Comme le relève CASSANI<sup>34</sup>, les recommandations du GAFI sont plus détaillées et plus minutieuses que les conventions internationales, et occupent de ce fait un rôle principal dans la mise en œuvre du dispositif international en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Par conséquent, même si les recommandations du GAFI n'ont pas la force contraignante d'une convention internationale ou la même valeur que le droit coutumier et conventionnel, il n'en reste pas moins, pour reprendre l'expression de GILMORE, «[...] *qu'elles tirent leur force et leur autorité du fait que les gouvernements membres les ont adoptées et parce qu'elles sont mises en œuvre dans la pratique [...]*»<sup>35</sup> Selon ROTH, une fois qu'un État a pris part aux discussions et a accepté la validité des dispositions non contraignantes (*soft law*), il ne peut plus prétendre qu'il n'est pas en mesure de les mettre en œuvre. L'adoption d'une telle attitude serait contradictoire et incohérente. Il en va de même pour les autorités ou le secteur privé qui prennent part aux discussions d'organismes internationaux ou intergouvernementaux qui créent des dispositions de *soft law*<sup>36</sup>. La Suisse est un membre fondateur du GAFI et participe de ce fait activement aux discussions menées dans les groupes de travail ainsi qu'à la mise à jour des recommandations. Par ailleurs, la Suisse a pris l'engagement politique de mettre en œuvre dans son ordre juridique les recommandations du GAFI<sup>37</sup>. Il s'ensuit qu'elle ne peut pas refuser la mise en œuvre de dispositions dont elle est co-auteur. En outre, un certain nombre de recommandations sont prises en considération dans les dispositions de conventions multilatérales en vigueur et deviennent contraignantes pour les parties qui les ont signées<sup>38</sup>.

---

<sup>32</sup> THÜRER, *Encyclopedia of Public International Law*, p. 454.

<sup>33</sup> NOBEL, *Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards*, par. 85 à 86.

<sup>34</sup> CASSANI, *L'internationalisation du droit pénal économique*, p. 235.

<sup>35</sup> GILMORE, *L'argent sale*, p. 103.

<sup>36</sup> ROTH, *Soft law – Ordnungsvisionen im flux*, p. 66, chap. 7.1.

<sup>37</sup> Message GAFI 2007, FF 2007 5919, p. 5960.

<sup>38</sup> GILMORE, *L'argent sale*, p. 102.

Cela dit, il existe une certaine pression politique à intégrer les standards du GAFI dans le droit positif d'un pays, car le degré de mise en œuvre de ces standards est en règle générale pris en considération pour évaluer l'équivalence de la réglementation et octroyer, sur cette base, l'accès au marché d'un pays<sup>39</sup>. Par ailleurs, la mise en œuvre des standards fait l'objet d'évaluations régulières par les pairs (*peer review* ou évaluations mutuelles) visant également à exercer une certaine pression publique sur les États<sup>40</sup>. Enfin, le GAFI publie sur son site Internet une liste avec des juridictions à haut risque et des juridictions sous surveillance, ce qui équivaut à une mesure de *naming and shaming*. Cette mesure a un effet répressif important, car les intermédiaires financiers des États membres doivent tenir compte de ces listes pour toute relation d'affaires ou transaction financière émanant des pays concernés. Par conséquent, toute entrée en relation d'affaires avec un cocontractant provenant d'un pays considéré à «haut risque» par le GAFI et toute transaction financière depuis ou vers ce pays sont soumises à des obligations de diligence accrues<sup>41</sup>. Ces mesures visent avant tout à faire pression sur les pays ne mettant pas en œuvre les recommandations du GAFI<sup>42</sup>.

Aujourd'hui les 40 recommandations sont reconnues comme étant le standard minimal international en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et la prolifération des armes de destruction massive<sup>43</sup>. Le GAFI est sans doute le groupement d'États le plus important en termes d'élaboration de politiques et des normes de lutte contre le blanchiment d'argent<sup>44</sup>. Pour tenir compte des nouvelles formes de criminalités émergentes, les recommandations du GAFI ont fait l'objet de différentes adaptations et révisions au cours de ces trois dernières décennies<sup>45</sup>.

### 1.3 La structure organisationnelle du GAFI

Le GAFI est un organisme intergouvernemental qui a été créé par les ministres de ses États membres en 1989. Le GAFI n'est pas «[...] une organisation, mais un groupement de gouvernements ayant décidé d'adopter et de mettre en œuvre un ensemble

<sup>39</sup> BRÄNDLI, *Internationale Standards*, p. 30, par. 13 *in fine*.

<sup>40</sup> Dans le même sens LOMBARDINI, p. 11, N 36.

<sup>41</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version anglaise mise à jour en octobre 2021), note interprétative de la R. 10/2012, (devoir de vigilance relatif à la clientèle), mesures de vigilance renforcées, p. 70, par. 20.

<sup>42</sup> Cf. liste des juridictions à haut risque et juridictions sous surveillance, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<<https://www.fatf-gafi.org/fr/>>); consulter à ce titre: (<<https://www.fatf-gafi.org/fr/pays/#high-risk>> (22.11.2021)).

<sup>43</sup> Les recommandations du GAFI sont reconnues comme étant les normes internationales en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme; cf. Les recommandations du GAFI 2012, p. 1. Elles ont aussi été reconnues par la Banque mondiale et le FMI; cf. Les recommandations du GAFI, 2003, p. 2 et la note de bas de page n° 2.

<sup>44</sup> GILMORE, *L'argent sale*, p. 97.

<sup>45</sup> Cf. partie I, titre I, chapitres 2.1.1, 2.2.1, 2.3.1 et 2.5.1.

*complet de recommandations pour lutter contre le blanchiment de capitaux [...].*»<sup>46</sup> Cette distinction est importante, car elle démontre que le GAFI n'a pas le statut d'organisme ou d'organisation internationale mais celui d'un groupement d'États qui peut compter sur le soutien du G7 et du G20<sup>47</sup>, ce qui lui permet d'acquérir une certaine légitimité politique. Aujourd'hui, le GAFI compte 39 États membres, dont deux organisations régionales, à cela viennent s'ajouter huit groupements régionaux<sup>48</sup> du type GAFI qui ont le statut de membres associés.

Il est plutôt surprenant que malgré le soutien politique du G7 et du G20 et l'institutionnalisation acquise durant ces trente dernières années, le GAFI n'ait pas encore opté pour une forme juridique lui conférant une légitimité internationale majeure afin de poursuivre ses objectifs. À notre sens, ce choix est délibéré, car il permet au GAFI d'éviter d'adopter une structure encombrante et de disposer d'une plus grande souplesse dans ses décisions et ses activités<sup>49</sup>. Par ailleurs, nul besoin d'acquérir un tel statut: les 40 recommandations du GAFI sont reconnues par la Banque mondiale, le FMI, le Conseil de sécurité des Nations Unies et 205 pays et juridictions<sup>50</sup> dans le monde entier. Ainsi, la Banque mondiale et le FMI exigent de leurs emprunteurs qu'ils mettent en œuvre ces standards et se fondent sur les recommandations du GAFI dans le cadre de leurs évaluations périodiques<sup>51</sup>. La structure du GAFI est-elle suffisante pour un organisme qui a atteint une telle importance et qui ne publie pas des principes de gouvernance? Cette question sera analysée plus en détail ultérieurement<sup>52</sup>. Depuis avril 2019, la durée du mandat du GAFI est illimitée dans le temps<sup>53</sup>.

---

<sup>46</sup> GAFI, Rapport annuel III, 1991-1992, p. 17, par. 83.

<sup>47</sup> Le G20 n'est pas une organisation internationale au sens propre, mais plutôt un groupement *ad hoc* poursuivant des intérêts politiques et économiques communs; cf. PIETH, *Der Einfluss des internationalen Rechts auf das Schweizer Strafrecht*, p. 258.

<sup>48</sup> Il s'agit des groupements suivants: Groupe Asie/Pacifique sur le blanchiment de capitaux (GAP), Groupe d'action financière des Caraïbes (GAFIC), Conseil de l'Europe – Moneyval, Groupe Anti-blanchiment de l'Afrique Orientale et Australe (GABAOA), Groupe d'action contre le blanchiment d'argent en Afrique Centrale (GABAC), Groupe d'action financière d'Amérique latine (GAFILAT), Groupe d'Action Financière du Moyen-Orient et de l'Afrique du nord (GAFIMOAN), Groupe Eurasie, Groupe Intergouvernemental d'Action contre le Blanchiment d'Argent en Afrique de l'Ouest (GIABA), in: Groupe d'action financière (GAFI), (<http://www.fatf-gafi.org/fr/>); consulter à ce titre: *The FATF-style regional bodies (FSRB)*, (<https://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/membresetobservateurs/>) (22. 11. 2021).

<sup>49</sup> Dans le même sens, WEISSER, *Expertokratie? Über Macht und Ohnmacht von Experten*, p. 982, qui se réfère à la décision prise, en 1989, par les Chefs d'État du G7 de fonder le GAFI.

<sup>50</sup> GAFI, Rapport annuel XXX, 2018-2019, p. 21.

<sup>51</sup> WEISSER, *Expertokratie? Über Macht und Ohnmacht von Experten*, p. 973.

<sup>52</sup> Cf. partie I, titre II, chapitre 3.4.

<sup>53</sup> Le nouveau mandat du GAFI a été adopté le 12 avril 2019, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<https://www.fatf-gafi.org/fr/>); consulter à ce titre: (<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/FATF-Ministerial-Declaration-Mandate.pdf>) (22. 11. 2021).



Il est prévu que les ministres des États membres se rencontrent tous les deux ans pour déterminer la stratégie future<sup>54</sup>.

Selon le mandat de 2019, le GAFI se compose des organes suivants<sup>55</sup>:

- le président, assisté d'un vice-président;
- la séance plénière composée de 37 États membres et deux organisations régionales<sup>56</sup>;
- le comité directeur et le secrétariat.

La présidence du GAFI est assurée par un haut fonctionnaire gouvernemental choisi à tour de rôle parmi les représentants des États membres et nommé par la séance plénière pour une période non renouvelable de deux ans. Le président représente le GAFI envers l'extérieur. Par ailleurs, il a un devoir de «loyauté totale» envers le GAFI, à l'exclusion de toute autre autorité ou institution<sup>57</sup>. Il n'est pas précisé en quoi consiste ce devoir de «loyauté totale» ni si le président doit se démettre de toute autre fonction qu'il pourrait occuper durant son mandat. Une «loyauté totale» est-elle réellement envisageable dans une telle fonction? Le président est un haut fonctionnaire d'un État membre. Partant, il est possible qu'il soit influençable, notamment s'il poursuit les intérêts de son pays d'origine. À ce jour, il n'est pas possible de déterminer si ces questions ont été abordées par le GAFI, car il n'existe pas des lignes directrices relatives aux principes de gouvernance de ses organes dont l'accès est public<sup>58</sup>.

La séance plénière est l'organe décisionnel du GAFI. Ses décisions sont prises par *consensus*<sup>59</sup>. Ce *consensus* n'est pas atteint si trois pays s'opposent aux autres<sup>60</sup>. Il n'est en revanche pas précisé que le vote de chaque pays a le même poids. Il est important de souligner que seuls les États et les organisations membres disposent d'une voix

<sup>54</sup> Art. 49, Mandat du GAFI, p. 10.

<sup>55</sup> Art. 17, let. a à d, Mandat du GAFI, p. 7.

<sup>56</sup> Il s'agit des pays et organisations suivants: Afrique du sud, Allemagne, Arabie Saoudite, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Brésil, Canada, Chine, Commission européenne, Conseil de Coopération du Golfe, République de Corée, Danemark, Espagne, États-Unis, Fédération de Russie, Finlande, Grèce, France, Hong-Kong (Chine), Inde, Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Malaisie, Mexique, Nouvelle Zélande, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Singapour, Suède, Suisse, Turquie, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<<http://www.fatf-gafi.org/fr/>>); consulter à ce titre: <<https://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdu/gafi/membresetobservateurs/#d.fr.3147>> (22.11.2021).

<sup>57</sup> Art. 34, Mandat du GAFI, p. 9.

<sup>58</sup> Cf. partie I, titre I, chapitre 3.4.

<sup>59</sup> Art. 19, Mandat du GAFI, p. 7.

<sup>60</sup> THOMAS COTTIER, (éd.) et KRISTA NADAKAVUKAREN SCHEFER, in: Elgar Encyclopedia of International Economic Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK, Northampton, MA, USA, 2017, Fact sheet Financial Action Task Force (FATF), p. 98.

lors des séances plénières. Tous les autres membres (les membres associés et les observateurs<sup>61</sup>) peuvent participer aux séances ouvertes qui ont lieu trois fois par année, en règle générale en février, juin et octobre<sup>62</sup>, sans toutefois disposer d'un droit de vote. Cela dit, des réunions extraordinaires peuvent être convoquées à tout moment, comme cela fut le cas en 2001 et en 2015 après les attentats terroristes aux États-Unis et à Paris<sup>63</sup>. La séance plénière décide de la conduite des affaires courantes, elle nomme le président, le vice-président et le comité directeur. Par ailleurs, elle approuve le programme de travail ainsi que le budget, adopte les normes, les lignes directrices et les rapports élaborés par le GAFI. En outre, elle décide des adhésions et de l'octroi du statut d'organisme régional de type GAFI ou d'observateur<sup>64</sup>. La séance plénière peut compter sur le soutien de groupes de travail<sup>65</sup> et de sous-groupes qui sont composés d'États membres, de membres associés, de représentants du FMI et de la Banque mondiale ainsi que d'observateurs.

Le comité directeur du GAFI est l'organe de conseil du président. Ses membres sont nommés par la séance plénière sur proposition du président en tenant compte d'un équilibre géographique, d'une diversité en fonction de la taille économique des États membres, de la participation au sein du GAFI et de ses groupements de type régionaux ainsi que des engagements internationaux. Sa composition est réévaluée tous les deux ans<sup>66</sup>.

La clé de répartition des représentants au sein du comité directeur ne dépend pas uniquement de critères quantitatifs, comme la taille économique du pays ou une représentation équilibrée du point de vue géographique, mais aussi de critères qualitatifs, tels que la participation des États membres au sein du GAFI et de ses groupements de type régionaux. Doit-on déduire une certaine pression de la part du GAFI pour participer à ses groupes de travail? Par ailleurs et plus important, ces critères qualitatifs permettent-ils d'opérer un choix équilibré et représentatif de tous les États membres au sein du comité directeur? Il faudra attendre la fin du nouveau mandat du GAFI avant de tirer un bilan sur la clé de répartition des représentants.

---

<sup>61</sup> La liste exhaustive des États et organisations membres, des membres associés et des observateurs du GAFI est disponible, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<<http://www.fatf-gafi.org/fr/>>); consulter à ce titre: <<https://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/membresetobservateurs/>> (22.11.2021).

<sup>62</sup> Art. 18 et 24, Mandat du GAFI, p. 7 s.

<sup>63</sup> Cf. partie I, titre I, chapitres 2.2.1 et 2.6.

<sup>64</sup> Art. 20, let. a à e, Mandat du GAFI, p. 7.

<sup>65</sup> Evaluations and Compliance Group (ECG), Global Network Coordination Group (GNCG), International Cooperation Review Group (ICRG), Policy Development Group (PDG), Risk, Trends and Methods Group (RTMG); cf. Mandat du GAFI, Annexe D, p. 15.

<sup>66</sup> Art. 37 à 40, Mandat du GAFI, p. 9.

Le secrétariat – situé au siège de l’OCDE à Paris – est composé d’un secrétaire exécutif qui est nommé par la séance plénière sur proposition du président et comprend des collaborateurs scientifiques. Le secrétariat soutient principalement les activités du GAFI et des groupes de travail, il s’assure que les rapports rédigés à l’issue des évaluations mutuelles soient consistants, il prépare les séances plénières, s’occupe de la mise à jour du site Internet et gère les ressources humaines, financières et matérielles<sup>67</sup>.

## 2. Aperçu historique du GAFI

### 2.1 Les premiers travaux 1990–1996

En juillet 1990, lors du sommet du G7 à Houston aux États-Unis, les États membres décidèrent que tous les pays de l’OCDE et tous les pays disposant d’une place financière ayant adhéré aux recommandations du GAFI devaient être invités à participer à son activité. En plus des membres fondateurs, des experts de huit autres pays<sup>68</sup> et notamment le Conseil de Coopération du Golfe participèrent aux réunions du GAFI. À l’issue du sommet, les délégations convinrent de maintenir le GAFI pour une durée de cinq années supplémentaires et de tirer un bilan des travaux réalisés après une période de trois ans<sup>69</sup>.

À l’époque, le GAFI décida de soumettre à un examen mutuel chaque État membre dans un délai de trois ans à compter de l’approbation des recommandations, à moins que le groupe n’en décide autrement dans des circonstances exceptionnelles. Il fut également proposé que le GAFI «[...] *pourrait continuer pour le moment de fonctionner comme un groupe ad hoc placé sous la responsabilité des ministres des Finances ou des autres autorités et ministres compétents. Il est souhaitable qu’il reste aussi adaptable et informel qu’il l’est aujourd’hui. Il serait bon de réexaminer dans trois ans la question du maintien du GAFI, de son statut et de ses missions [sic] futures [...]. Le GAFI continuerait à se réunir sous la présidence d’un de ses membres. La présidence changerait tous les ans [...] le GAFI présentant un rapport annuel aux ministres ou aux autorités compétentes, ce qui lui permettrait de rendre compte de son action à une assemblée de ministres et aux autres réunions internationales [...].*»<sup>70</sup>

<sup>67</sup> Art. 43 à 46, Mandat du GAFI, p. 10; cf. KRÄMER, Die Tätigkeit der FATF als Standard-setter, p. 33 s.

<sup>68</sup> Danemark, Finlande, Grèce, Irlande, Nouvelle-Zélande, Norvège, Portugal, Turquie et Hong-Kong.

<sup>69</sup> GAFI, Rapport annuel II, 1990-1991, p. 3.

<sup>70</sup> GAFI, Rapport annuel II, 1990-1991, p. 19.

Dans la période comprise entre 1991 et 1992, le GAFI définit la portée et la méthodologie de sa procédure<sup>71</sup> d'évaluation mutuelle. En outre, les États membres du GAFI décidèrent de rédiger des notes interprétatives pour certaines recommandations, afin d'en clarifier la portée<sup>72</sup>. Par ailleurs, l'Islande et Singapour s'ajoutèrent aux États membres existants, de sorte qu'en 1992 le GAFI fut composé de tous les pays membres de l'OCDE et des grandes places financières<sup>73</sup>. Les États membres décidèrent de ne pas accepter de nouveaux membres, afin de préserver l'efficacité du GAFI, à l'exception toutefois des pays ayant participé à l'élaboration des 40 recommandations<sup>74</sup>.

Le GAFI établit un questionnaire complet d'auto-évaluation, afin d'analyser si les recommandations avaient été mises en œuvre par les États membres, et le cas échéant, à quel degré. Les résultats furent les suivants:<sup>75</sup>

- Le nombre de poursuites et de saisies pour blanchiment d'argent était faible dans un grand nombre des États membres, en raison de la création récente d'instances judiciaires spécialisées dans ce domaine.
- La majorité des États membres avaient mis en œuvre les recommandations relatives à l'identification des cocontractants et à la conservation des documents. Cependant, de sérieuses lacunes avaient été identifiées en ce qui concerne les transactions fiduciaires et les renseignements sur les bénéficiaires effectifs.
- Seul un quart des États membres prévoyait dans leurs législations une obligation de communiquer les soupçons de blanchiment d'argent. Dans certains pays, les intermédiaires financiers pouvaient communiquer leurs soupçons sur une base facultative.
- Dans la majorité des États membres, les banques veillaient à ce que les principes préconisés par le GAFI soient également appliqués à leurs succursales et aux filiales majoritaires qu'elles détenaient à l'étranger.

Dans la période comprise entre 1992 et 1993, les experts du GAFI évaluèrent les techniques de blanchiment d'argent et étudièrent l'utilisation accrue d'institutions financières non bancaires à des fins de blanchiment<sup>76</sup>. Le résultat de cette étude démontra qu'un élargissement des recommandations du GAFI au secteur non financier était de-

---

<sup>71</sup> Les évaluations mutuelles sont effectuées par les pairs, c'est-à-dire par des experts provenant d'autres États membres. À noter qu'en 1992 les rapports étaient confidentiels. Seul un résumé de l'évaluation faisait l'objet d'une publication dans les rapports annuels du GAFI; cf. GAFI, Rapport annuel III, 1991-1992, p. 8, par. 31 *in fine*.

<sup>72</sup> Pour un résumé des notes interprétatives consulter le rapport annuel III du GAFI, 1991-1992, p. 14 à 16.

<sup>73</sup> GAFI, Rapport annuel III, 1991-1992, p. 3, par. 3 et par. 6, p. 5, par. 11 et la note de bas de page n° 1.

<sup>74</sup> GAFI, Rapport annuel II, 1990-1991, p. 21.

<sup>75</sup> GAFI, Rapport annuel III, 1991-1992, p. 6, par 16 et p. 7, par. 22 à 24.

<sup>76</sup> GAFI, Rapport annuel IV, 1992-1993, p. 4, par. 3 à 4 et par. 6.

venu de plus en plus urgent<sup>77</sup>. Il est intéressant de relever qu'à l'époque, le GAFI avait déjà identifié le risque d'un déplacement du blanchiment d'argent vers les professions non financières qui n'étaient pas couvertes par les recommandations, mais ce n'est qu'en 2003 que ces dernières furent intégrées dans les standards.

L'une des principales tâches accomplies entre 1993–1994 par le GAFI consista à ré-examiner sa mission. Les États membres décidèrent de maintenir la *task force* pendant cinq années supplémentaires, soit jusqu'en 1999, et de concentrer son action sur trois domaines principaux : d'abord, le suivi des progrès des États membres en matière de lutte contre le blanchiment d'argent provenant du trafic de stupéfiants; ensuite, le suivi des techniques utilisées pour blanchir l'argent et la mise en place de contre-mesures efficaces; et enfin, le développement des relations extérieures pour faire connaître l'action du GAFI. Le GAFI a par ailleurs consacré, tout comme durant les années précédentes, une grande partie de ses ressources aux évaluations mutuelles<sup>78</sup>. Enfin, les experts du GAFI constatèrent qu'il y avait une augmentation du blanchiment de produits n'ayant pas de lien avec le trafic de stupéfiants, tels que le trafic d'armes, la prostitution et la criminalité économique. Les experts relevèrent aussi que les criminels pouvaient s'infiltrer dans des établissements bancaires et les contrôler, en particulier dans les juridictions dotées de systèmes de contrôles insuffisants<sup>79</sup>. Dès lors, il devint clair qu'il était indispensable pour ces pays d'instaurer des processus de vérification des personnes physiques occupant des positions dirigeantes dans les établissements bancaires.

Dans la période allant de 1994 à 1996, le GAFI lança une seconde série d'évaluations mutuelles. Par ailleurs, la revue des 40 recommandations datant de 1990 constitua la tâche principale durant cette période. Dans le rapport sur les typologies de blanchiment d'argent, le groupe d'experts arriva à la conclusion que les techniques classiques de blanchiment d'argent continuaient de se développer dans les domaines connus, à savoir la contrebande d'espèces, l'utilisation des bureaux de change ainsi que par le recours à des criminels. Les experts notèrent également que le blanchiment d'argent provenant de l'ex-Union soviétique et des pays de l'Est devenait de plus en plus sophistiqué<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> GAFI, Rapport annuel III, 1991-1992, p. 14, par. 63 à 64.

<sup>78</sup> Pays-Bas, Allemagne, Norvège, Japon, Grèce, Espagne, Finlande, Hong Kong et Irlande, in: GAFI, Rapport annuel V, 1993-1994, p. 3 par. 2 à 3 et par. 4 *in fine*.

<sup>79</sup> GAFI, Rapport annuel V, 1993-1994, p. 19, par. 92 à 93.

<sup>80</sup> GAFI, Rapport annuel VII, 1995-1996, p. 3, par. 2 à 3 et par. 4 *in fine*.

### 2.1.1 La révision des recommandations en 1996

Les recommandations du GAFI furent révisées pour la première fois en 1996 pour tenir compte des nouvelles tendances en matière de blanchiment d'argent et anticiper les évolutions futures en la matière<sup>81</sup>. Afin d'identifier les standards nécessitant une révision, le GAFI fit parvenir un questionnaire à tous les États membres. Après consultation, il fut décidé par consensus que les points matériellement importants identifiés par les États membres devaient faire l'objet d'une révision<sup>82</sup>. Fort de ce constat, les modifications suivantes furent apportées aux recommandations du GAFI de 1990<sup>83</sup>:

- **Extension des infractions préalables au blanchiment d'argent** à d'autres infractions graves. Le choix des délits fut laissé à la libre appréciation des États membres.
- **Introduction d'une obligation de déclaration des transactions suspectes** à des cellules de renseignements financières (CRF).
- **Extension du champ d'application des recommandations aux entreprises non financières.**
- **Précision des obligations d'identification à l'égard des personnes morales.**
- **Sensibilisation des États membres sur l'utilisation des nouvelles technologies** et des sociétés écrans à des fins de blanchiment d'argent.
- **Extension des règles anti-blanchiment aux institutions financières non bancaires**, y compris les bureaux de change.

Par souci de concision, nous nous limiterons à présenter deux modifications qui, à notre sens, furent les plus significatives: d'une part, l'extension des infractions préalables au blanchiment d'argent, et, d'autre part, l'introduction d'une obligation formelle de communiquer les transactions suspectes.

Les infractions préalables au blanchiment d'argent furent étendues, car les délits qui n'étaient pas liés directement aux stupéfiants formaient une source importante et croissante de fonds illégaux qui étaient introduits dans les circuits financiers légaux<sup>84</sup>. Selon GILMORE « [...] *le changement le plus important a été sans aucun doute, la décision d'étendre l'incrimination des infractions principales de blanchiment au-delà du trafic des stupéfiants. Même si la nouvelle position, énoncée à la Recommandation 4 constituait un tournant significatif par rapport à l'approche hésitante adoptée en 1990, elle est peut-être davantage perçue comme un effort pour aligner les contre-mesures sur la pratique nationale et internationale actuelle. Depuis 1990, la tendance était de plus en plus à dissocier le blanchiment des capitaux du trafic de stupéfiants,*

---

<sup>81</sup> GAFI, Rapport annuel VII, 1995-1996, p. 6, par. 16.

<sup>82</sup> GILMORE, L'argent sale, p. 109.

<sup>83</sup> GAFI, Rapport annuel VII, 1995-1996, p. 6 à 9, par. 18 à 27.

<sup>84</sup> GAFI, Rapport annuel VII, 1995-1996, p. 7, par. 19.

et la législation nationale suivait cette tendance. Par exemple, alors qu'en 1992 le GAFI déclarait qu'un petit nombre de ses vingt-six membres de l'époque avaient étendu l'incrimination du blanchiment au-delà des infractions principales de blanchiment des capitaux, son rapport de juin 1996 notait que «dix-neuf membres ont adopté une définition du délit pénal qui couvre le blanchiment du produit d'un large éventail d'activités criminelles en dehors du trafic de stupéfiants» [...]»<sup>85</sup>

Enfin, il convient de préciser que le choix des délits à inclure dans la liste des infractions préalable incombait aux États membres. Le GAFI renonça à dresser une liste minimale d'infractions préalables<sup>86</sup>. Toutefois, les États membres devaient incriminer le blanchiment d'argent conformément à la Convention de Vienne<sup>87</sup>.

En ce qui concerne le système de déclaration des opérations suspectes et malgré le fait que la majorité des États membres disposaient d'une Cellule de renseignement financière (CFR), les experts du GAFI craignaient que certains intermédiaires financiers profitent de l'absence d'une obligation juridique de déclaration pour échapper à leur devoir de communication. Ils décidèrent en conséquence de prévoir un système de déclaration obligatoire<sup>88</sup> au lieu et à la place du système de communication facultatif. Cette décision montre l'importance qui était déjà donnée à l'époque à des systèmes nationaux efficaces de détection de transactions suspectes.

GILMORE relève que les modifications envisagées n'étaient pas radicales, car la majorité des amendements apportés visaient à perfectionner les recommandations existantes, et non pas à introduire de nouveaux concepts. Suivant cette logique, les experts complétèrent les recommandations existantes par des notes interprétatives<sup>89</sup>. Quant à PIETH, il souligne que, depuis les recommandations de 1990, les cinq «obligations du financier» sont restées pratiquement inchangées durant dix ans<sup>90</sup>. Nous partageons l'avis de ces auteurs, dans la mesure où l'extension des infractions préalables au blan-

<sup>85</sup> GILMORE, *L'argent sale*, p. 111.

<sup>86</sup> La recommandation 4 fut amendée comme suit: «*Chaque pays devrait prendre les mesures nécessaires, y compris législatives, en vue d'incriminer le blanchiment des fonds comme le prévoit la Convention de Vienne. Chaque pays devrait étendre l'infraction du blanchiment des capitaux issus du trafic de stupéfiants au blanchiment de capitaux se rapportant aux infractions graves. Chaque pays déterminerait [sic] quelles infractions graves doivent être considérées comme des infractions sous-jacentes du blanchiment de capitaux.*»; cf. Les recommandations du GAFI 1996, p. 2.

<sup>87</sup> La Suisse a ratifié la Convention de Vienne le 14 septembre 2005 (entrée en vigueur le 13 décembre 2005).

<sup>88</sup> GAFI, Rapport annuel VII, 1995-1996, p. 7, par. 21. Consulter aussi les recommandations du GAFI, 1996, p. 4.

<sup>89</sup> GILMORE, *L'argent sale*, p. 110 à 111 et les références citées.

<sup>90</sup> BSK StGB-PIETH ad Vor Art. 305<sup>bis</sup> N 32. Les cinq «obligations du financier» comprennent l'identification des infractions préalables au blanchiment d'argent, des clients et des ayants droit économiques, des transactions et des clients à risque accru, la conservation des documents et l'obligation d'effectuer des communications.

chiment d'argent au-delà du trafic des stupéfiants et l'obligation de communiquer les soupçons de blanchiment d'argent furent à notre sens les deux seules modifications significatives introduites par la révision des recommandations de 1996.

## 2.2 Les travaux du GAFI 1996–2001

Durant les années 1996 à 1997, le GAFI mena un examen des tendances et techniques de blanchiment d'argent portant principalement sur le développement des nouvelles technologies de paiement<sup>91</sup>. En effet, déjà à l'époque, l'évolution des nouvelles technologies était perçue comme un facteur de risque propice au blanchiment d'argent. Dans ce contexte, le GAFI arriva à la conclusion que: «[...] *La monnaie électronique peut permettre aux criminels de dissimuler plus facilement la source du produit de leurs activités et de transférer plus facilement ce produit sans que cette opération puisse être détectée. On peut être pratiquement sûre que si ces nouveaux systèmes évoluent de manière à mieux répondre que les systèmes actuels de paiement aux besoins des criminels, ceux-ci les utiliseront.* [...]»<sup>92</sup> Afin d'aider les États membres dans leurs activités de lutte contre le blanchiment d'argent, le GAFI conduisit une étude sur l'utilisation de la monnaie électronique<sup>93</sup>. Aujourd'hui, l'utilisation des cryptomonnaies et des *stablecoins* et les risques associés au blanchiment d'argent sont au cœur des préoccupations des régulateurs<sup>94</sup>.

Durant cette même période, le GAFI mena une étude sur la confiscation par les États membres du produit provenant d'activités criminelles<sup>95</sup>. Les réponses fournies permirent d'obtenir des informations qualitatives et non pas quantitatives<sup>96</sup>, car les États membres ne disposaient pas des données statistiques suffisantes permettant d'effectuer une évaluation fiable<sup>97</sup>. Les experts du GAFI constatèrent que la plupart des pays avaient adopté un cadre législatif pour la confiscation des biens, mais que celui-ci était limité au produit résultant d'une activité criminelle liée au trafic de stupéfiants. En outre, dans la majorité des cas, le produit des activités criminelles ne pouvait pas être confisqué si les biens appartenaient à une tierce personne<sup>98</sup>. Selon les experts du

---

<sup>91</sup> GAFI, Rapport annuel VIII, 1996-1997, p. 3, par. 1 et Appendice/Annexe A, rapport du GAFI sur les typologies – questions concernant les nouvelles technologies de paiement.

<sup>92</sup> GAFI, Rapport annuel VIII, 1996-1997, Appendice/Annexe A, rapport du GAFI sur les typologies – questions concernant les nouvelles technologies de paiement, p. 46, par. 3.

<sup>93</sup> GAFI, Rapport annuel VIII, 1996-1997, Appendice/Annexe A, rapport du GAFI sur les typologies – questions concernant les nouvelles technologies de paiement, Appendice 2, p. 57 à 60, diagrammes n° 1 à 4.

<sup>94</sup> Cf. partie I, titre I, chapitre 2.6.

<sup>95</sup> GAFI, Rapport annuel VIII, 1996-1997, p. 21, par. 76.

<sup>96</sup> GAFI, Rapport annuel VIII, 1996-1997, Annexe B, Évaluation des lois et systèmes des membres du GAFI relatifs à la confiscation des biens et aux mesures provisoires, p. 61, par. 2.

<sup>97</sup> GAFI, Rapport annuel VIII, 1996-1997, Annexe B, Évaluation des lois et systèmes des membres du GAFI relatifs à la confiscation des biens et aux mesures provisoires, p. 73, par. 38.



GAFI, la difficulté majeure consistait à prouver que les biens confisqués avaient été acquis illégalement<sup>99</sup>. S'agissant de la Suisse, elle avait modifié en 1993 déjà les dispositions du CP relatives à la confiscation et au renversement du fardeau de la preuve, afin de permettre la confiscation de biens provenant d'organisations criminelles, qu'ils soient ou non de provenance délictueuse<sup>100</sup>.

Durant les années 1997 à 1998, le GAFI se focalisa principalement sur son programme de travail de cinq ans visant à promouvoir la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le monde entier. Par ailleurs, les États membres décidèrent de créer deux organes régionaux, à savoir le GAFI des Caraïbes (GAFIC)<sup>101</sup> et le Groupe de l'Asie/Pacifique sur le blanchiment d'argent (GAP)<sup>102</sup> qui vinrent s'ajouter à Moneyval<sup>103</sup>, l'organe régional pour les États européens n'étant pas membres du GAFI. En outre, les États membres décidèrent de renforcer la coopération avec notamment l'Office des Nations Unies pour le contrôle du trafic des stupéfiants et la prévention du crime (ONUCDPC) et les institutions financières internationales<sup>104</sup>.

Le GAFI poursuivit durant les années 1996 et 1997 son expansion territoriale avec le soutien de l'UE et des Nations Unies. Par ailleurs, les analyses sur les typologies de blanchiment d'argent devinrent de plus en plus détaillées et les risques suivants furent identifiés :

- Les nouvelles technologies de paiement se développaient de manière rapide et le contact direct entre le client et le conseiller était en train de disparaître<sup>105</sup>.

<sup>98</sup> GAFI, Rapport annuel VIII, 1996-1997, Annexe B, Évaluation des lois et systèmes des membres du GAFI relatifs à la confiscation des biens et aux mesures provisoires, p. 73, par. 39.

<sup>99</sup> GAFI, Rapport annuel VIII, 1996-1997, Annexe B, Évaluation des lois et systèmes des membres du GAFI relatifs à la confiscation des biens et aux mesures provisoires, p. 74, par. 40.

<sup>100</sup> Message CP 1993, FF 1993 III 269, 297 à 308.

<sup>101</sup> Fondé en 1990, le GAFI des Caraïbes (GAFIC) est une organisation composée d'États et de territoires du bassin caribéen qui se sont engagés à mettre en œuvre des mesures contre le blanchiment d'argent du GAFI. Le GAFIC compte 26 pays membres; cf. Groupe d'action financière (GAFI), (<https://www.fatf-gafi.org/fr/>); consulter à ce titre: <https://www.fatf-gafi.org/fr/pages/groupeactionfinancieredes caraibesgafic.html> (22.11.2021).

<sup>102</sup> Le Groupe Asie/Pacifique sur le blanchiment de capitaux (GAP) a pour but d'assurer l'adoption et la mise en œuvre de normes financières acceptées par la communauté internationale sur la lutte contre le blanchiment d'argent du GAFI; cf. Groupe d'action financière (GAFI), (<http://www.fatf-gafi.org/fr/>); consulter à ce titre: <https://www.fatf-gafi.org/fr/pages/groupeasiapacifiquesurleblanchimentdecapitauxgap.html> (22.11.2021).

<sup>103</sup> Le Comité PC-R-EV a été créé en 1997 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe afin d'effectuer des évaluations mutuelles et des auto-évaluations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Les 26 pays membres du Conseil de l'Europe n'étaient pas des États membres du GAFI.

<sup>104</sup> GAFI, Rapport annuel IX, 1997-1998, p. 4, par. 2.

<sup>105</sup> GAFI, Rapport annuel IX, 1997-1998, p. 5 à 8, par. 6 à 17.

- Avec le développement de la législation anti-blanchiment dans le secteur bancaire, les avoirs étaient blanchis par d'autres acteurs de la place financière. Selon une analyse sectorielle les avocats, les notaires et les experts comptables étaient susceptibles d'être confrontés à des activités de blanchiment dans le cadre de leurs activités professionnelles (transactions financières, création de sociétés *offshore*<sup>106</sup>, cessions immobilières, etc.). Pour les notaires et les avocats, la difficulté consistait à opérer une distinction entre les activités relevant de l'intermédiation financière et celles relevant du conseil juridique, protégées par le secret professionnel<sup>107</sup>. Malgré ces constats, aucune mesure concrète d'assujettissement ne fut décidée par le GAFI à l'époque.

Dans les années 1998 à 1999, les experts du GAFI craignirent que les blanchisseurs puissent profiter des six mois durant lesquels les monnaies nationales pouvaient être échangées en euros pour tenter d'introduire des fonds d'origine illégale dans les circuits financiers. Par ailleurs, certains experts pensaient que l'introduction de la coupure de 500 EUR après le 1<sup>er</sup> janvier 2002 risquait de faciliter le blanchiment d'argent. En revanche, d'autres experts estimaient que les criminels n'utilisaient pas les grosses coupures, car elles attireraient trop d'attention. Les experts parvinrent à la conclusion que la Banque centrale européenne devait mener une étude sur l'utilisation des grosses coupures<sup>108</sup>. Toutefois, les résultats de cette étude ne furent pas publiés par le GAFI et il n'est pas possible d'en déterminer les conséquences. Enfin, durant cette période, 12 pays participèrent au deuxième cycle d'évaluation mutuelle par le GAFI<sup>109</sup>.

Dans les années 1999 à 2000, pour la première fois depuis la constitution de la *task force*, l'Autriche fit l'objet d'une suspension, car elle n'avait pas pris les mesures nécessaires pour supprimer les comptes anonymisés. Suite à cette sanction sans précédent, l'Autriche entreprit de se conformer à l'injonction du GAFI et parvint à éviter une exclusion en qualité d'État membre. Durant cette même période, les experts du GAFI effectuèrent une étude sur la vulnérabilité des opérations bancaires et les casi-

---

<sup>106</sup> Les sociétés *offshore* présentent les caractéristiques suivantes: peu réglementées, possibilité de prévoir un seul actionnaire, aucune exigence de tenir une comptabilité ou de se soumettre à une révision, possibilité de prévoir des *corporate directors*, exonération fiscale, confidentialité et transfert facile de valeurs patrimoniales; cf. ROTH, Die Spielregeln des Private Banking, p. 178, chap. 12.4.

<sup>107</sup> GAFI, Rapport annuel IX, 1997-1998, Annexe C, rapport 1997-1998 sur les typologies du blanchiment de l'argent, p. 55, par. 30.

<sup>108</sup> GAFI, Rapport annuel X, 1998-1999, Annexe C, rapport 1998-1999 sur les typologies du blanchiment d'argent, p. 8 à 9, par. 4 à 7 et p. 11, par. 17 à 18.

<sup>109</sup> Espagne, Finlande, Luxembourg, Irlande, Hong Kong, Chine, Nouvelle-Zélande, Islande, Singapour, Portugal, Turquie, Aruba et les Antilles néerlandaises, in: GAFI, Rapport annuel X, 1998-1999, p. 9 à 30, par. 23 à 113.

nos sur Internet, le développement croissant des systèmes parallèles de remise de fonds, le rôle des fiducies et des structures non sociétaires pour blanchir de l'argent, les activités des avocats, des notaires, des comptables et des autres prestataires de services professionnels ainsi que le blanchiment d'argent en lien avec le terrorisme<sup>110</sup>. Ils arrivèrent à la conclusion que les blanchisseurs d'argent profitaient de l'anonymat et de l'éloignement géographique que leur offrait Internet et que les obligations de diligence relatives à la clientèle étaient d'autant plus importantes. Par ailleurs, les experts relevèrent que les fiducies et d'autres formes de structures sociétaires étaient de plus en plus utilisées pour des mécanismes de blanchiment complexes.

Le GAFI décida de constituer un groupe d'experts *ad hoc* pour identifier des réglementations et des pratiques financières portant atteinte à l'intégrité du système anti-blanchiment. Ce groupe d'experts définit 25 critères<sup>111</sup> portant sur la prévention, la détection et la répression pénale du blanchiment d'argent. À l'aide de ces critères, les experts devaient définir les juridictions ne disposant pas de mesures suffisantes dans ces domaines. Les experts établirent une procédure<sup>112</sup> permettant d'identifier les pays et territoires dotés de règles et pratiques susceptibles d'entraver la lutte contre le blanchiment d'argent. Ces pays furent nommés *pays et territoires non coopératifs* (PTNC)<sup>113</sup>. Le rapport<sup>114</sup> définit 15 territoires et pays<sup>115</sup> qui n'étaient pas coopératifs. Suite à ce *listing*, le GAFI appela les États membres à porter une attention particulière,

<sup>110</sup> GAFI, Rapport annuel XI, 1999-2000, p. 4 à 5, par. 4 à 7.

<sup>111</sup> Les critères ont été articulés autour des quatre thèmes principaux suivants: A) les lacunes dans les réglementations financières, B) les obstacles soulevés par d'autres secteurs de réglementation, C) les obstacles à la coopération internationale, D) l'inadéquation des ressources consacrées à la prévention et à la détection des activités de blanchiment d'argent; in: GAFI, Rapport annuel XI, 1999-2000, Annexe A, rapport visant à identifier les pays ou les territoires non coopératifs, améliorer l'efficacité au plan mondial des mesures de lutte contre le blanchiment, Appendice, p. 46 à 49, par. 1 à 25.

<sup>112</sup> Le GAFI a constitué quatre groupes d'examen régionaux (Amériques, Asie/Pacifique, Europe, Afrique et Moyen-Orient) chargés d'analyser les régimes anti-blanchiment d'un certain nombre de pays et territoires au regard des 25 critères définis. Les informations recueillies par les experts ont fait l'objet d'une analyse. Par la suite un projet de rapport a été rédigé et envoyé pour commentaire aux juridictions concernées; in: GAFI, Rapport annuel XI, 1999-2000, Annexe A, rapport visant à identifier les pays ou les territoires non coopératifs, améliorer l'efficacité au plan mondial des mesures de lutte contre le blanchiment, p. 33, par. 8 à 9.

<sup>113</sup> GAFI, Rapport annuel XI, 1999-2000, p. 19, par. 76 à 79.

<sup>114</sup> Une synthèse de l'examen est disponible dans le rapport annuel XI du GAFI, 1999-2000, Annexe A, rapport visant à identifier les pays ou les territoires non coopératifs, améliorer l'efficacité au plan mondial des mesures de lutte contre le blanchiment, p. 33 à 43, par. 10 à 59.

<sup>115</sup> Bahamas, Iles Caïmans, Iles Cook, Dominique, Israël, Liban, Liechtenstein, Iles Marshall, Nauru, Niue, Panama, Philippines, Russie, Saint-Christophe-et-Nièves, Saint-Vincent-et-les-Grenadines; in: GAFI, Rapport annuel XI, 1999-2000, Annexe A, rapport visant à identifier les pays ou les territoires non coopératifs, améliorer l'efficacité au plan mondial des mesures de lutte contre le blanchiment, p. 44, par. 64.

conformément à la R. 21/1996<sup>116</sup>, aux relations d'affaires, aux transactions et institutions financières domiciliées ou émanant de ces pays<sup>117</sup>.

Or, certains auteurs critiquèrent la stigmatisation par le GAFI de certains États et dénoncèrent l'existence d'un «double standard», de «deux poids, deux mesures» dans le cadre de la constitution de la liste des PTNC. Ces auteurs arrivèrent à la conclusion que le niveau d'engagement des pays désignés par le GAFI avait avant tout déterminé le *listing*. Et que les anciens empires coloniaux, comme la France, le Royaume-Uni et les Pays-Bas, seraient parvenus à ne pas faire apparaître sur la liste des anciennes colonies encore sous leur influence<sup>118</sup>. À notre sens, ce reproche n'est pas sans fondement si l'on considère qu'aucune colonie sous influence britannique ou néerlandaise ne figurait sur la liste, malgré le fait que ces pays disposaient d'une juridiction fiscale attrayante et d'une spécialisation dans la domiciliation de véhicules *offshore*<sup>119</sup>.

Durant la période comprise entre 2000 à 2001, le GAFI publia un rapport<sup>120</sup> détaillant les progrès accomplis par les PTNC. Pour être retirés de la liste, les pays devaient avoir mis en place des dispositions législatives ou réglementaires concernant le droit pénal et le droit de la surveillance financière, y compris des dispositions relatives à la coopération internationale, à l'identification des cocontractants et à la communication des relations d'affaires suspectes. Les textes législatifs et réglementaires ne devaient pas uniquement être promulgués, mais être en vigueur au moment de l'évaluation. Par ailleurs, le GAFI examina en juin 2001 un deuxième volet de PTNC<sup>121</sup>. Le GAFI appela tous les États membres à appliquer des contre-mesures à l'encontre de Nauru, les Philippines et la Russie<sup>122</sup> puisqu'ils n'avaient pas fait de progrès depuis leur *listing*<sup>123</sup>. Durant la période 2000 à 2006 et jusqu'à ce que le dernier pays, le Myanmar,

---

<sup>116</sup> La R. 21/1996, avait la teneur suivante: «*Les institutions financières devraient porter une attention particulière à leurs relations d'affaires et à leurs transactions avec les personnes physiques et morales, y compris les sociétés ou les institutions financières, résidant dans les pays qui n'appliquent pas ou trop peu les présentes recommandations. Lorsque ces transactions n'ont pas de cause économique ou licite apparente, leur arrière-plan et leur objet devraient être examinés dans la mesure du possible; les résultats de cet examen devraient être établis par écrit, et être disponibles pour aider les autorités de contrôle, de détection et de répression, les commissaires aux comptes et les contrôleurs internes ou externes.*»; cf. Les recommandations du GAFI, 1996, p. 10.

<sup>117</sup> GAFI, Rapport annuel XI, 1999-2000, p. 44, par. 65.

<sup>118</sup> CASSANI, L'internationalisation du droit pénal économique, p. 248 et les références citées.

<sup>119</sup> À titre d'exemple, on peut mentionner les îles Vierges britanniques qui, d'après les révélations des *Panama Papers*, sont la juridiction la plus utilisée pour la création de sociétés *offshore*; cf. partie II, titre I, chapitre 2.12.

<sup>120</sup> Compte rendu annuel visant à identifier les pays ou territoires non coopératifs, 2011.

<sup>121</sup> Le deuxième rapport du GAFI, Review to Identify Non-Cooperative Countries or Territories: Increasing The Worldwide Effectiveness of Anti-Money Laundering Measures du 22 juin 2001, contient la liste des pays suivants aux pages 14 à 17, par. 58 à 84: République tchèque, Égypte, Guatemala, Hongrie, Indonésie, Myanmar, Nigeria, Pologne, Seychelles, Slovaquie, îles Turks et Caicos, Uruguay et Vanuatu.

fût radié de la liste, le GAFI rendit régulièrement compte des progrès effectués par les PTNC dans les rapports annuels<sup>124</sup>.

### 2.2.1 *L'élargissement des objectifs à la lutte contre le financement du terrorisme en 2001*

Avant même les attaques terroristes du 11 septembre 2001, les Nations Unies avaient décidé d'entreprendre des démarches dans la lutte contre le terrorisme. Dans ce contexte, elles avaient adopté la Convention onusienne visant à renforcer la coopération internationale dans la prévention et la répression du financement du terrorisme<sup>125</sup>. Après le 11 septembre 2001, le GAFI se réunit lors d'une séance extraordinaire et décida d'élargir son mandat à la lutte contre le financement du terrorisme<sup>126</sup>. Il édicta huit recommandations spéciales visant à détecter, prévenir et lutter contre le financement du terrorisme en s'inspirant essentiellement de la Résolution 1373<sup>127</sup> des Nations Unies et des directives du Comité du Conseil de sécurité des Nations Unies<sup>128</sup>.

Mais quelle est la différence entre la Convention onusienne et la Résolution 1373 ? À ce propos, GILMORE relève que « [...] *Premièrement la Résolution 1373 crée des obligations internationales juridiquement contraignantes pour prévenir et réprimer le financement des actes terroristes qui n'étaient pas prévues à l'époque par la convention de 1999. Deuxièmement elle impose ces obligations sur une base universelle de manière à anticiper les modifications permanentes apportées aux systèmes nationaux de justice pénale. Enfin, les mesures prises ne sont pas dirigées contre l'Afghanistan ni Ben Laden et ses associés, mais plutôt contre le terrorisme international de ma-*

<sup>122</sup> « [...] *In addition, FATF recommends to its members the application of counter-measures as of 30 September 2001, to Nauru, the Philippines and Russia, which were identified as non-cooperative in June 2000 and which have not made adequate progress, unless their governments enact significant legislation to address FATF-identified money laundering concerns [...]* » ; in : GAFI, Rapport annuel XI, 1999-2000, Annexe A, rapport visant à identifier les pays ou les territoires non coopératifs, améliorer l'efficacité au plan mondial des mesures de lutte contre le blanchiment, par. 90.

<sup>123</sup> GAFI, Rapport annuel XII, 2000-2001, p. 11, par. 52 à 54.

<sup>124</sup> Cf. compte rendu annuel sur les PTNC ; in : Groupe d'action financière (GAFI), (<https://www.fatf-gafi.org/fr/>) ; consulter à ce titre : <http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/gafiengeneral/documents/plusdinformationsurlinitiativeconcernantlespaysetterritoiresnoncooperatifspnc.html> (22.11.2021).

<sup>125</sup> CASSANI, L'internationalisation du droit pénal économique, p. 256.

<sup>126</sup> GAFI, Rapport annuel XIII, 2001-2002, p. 1, par. 1.

<sup>127</sup> Résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 28 septembre 2001, in : Organisation des Nations Unies (ONU), (<https://www.un.org/fr/>) ; consulter à ce titre : [https://www.un.org/fr/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1373\(2001\)&TYPE=&referer=/](https://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1373(2001)&TYPE=&referer=/) (22.11.2021).

<sup>128</sup> Cf. Guide technique pour la mise en œuvre de la Résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies sur la lutte contre le financement du terrorisme, version actualisée le 18 août 2017 ; in : Organisation des Nations Unies (ONU), (<https://www.un.org/fr/>) ; consulter à ce titre : <https://undocs.org/fr/S/2017/716> (22.11.2021).

*nière plus générale. En conséquence, l'impact juridique des mesures prises par le Conseil de sécurité ne se limitera pas à la destruction ou à la mise à mal du réseau qui a causé les attentats aux États-Unis ni au renversement du régime des talibans qui a offert un refuge aux membres du réseau [...].»<sup>129</sup>*

Les recommandations spéciales<sup>130</sup> du GAFI avaient la teneur suivante:

- **Rs I/2003: ratification et mise en œuvre immédiate par les États membres** de la Convention onusienne et la Résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies.
- **Rs II/2003: incrimination du financement du terrorisme** et du blanchiment d'argent commis dans ce cadre.
- **Rs III/2003: gel et confiscation des biens des terroristes conformément aux résolutions des Nations Unies relatives à la prévention et la répression du financement des actes terroristes**<sup>131</sup>. Adoption par les États membres des mesures législatives pour permettre aux autorités compétentes de confisquer les biens qui sont utilisés ou destinés à être utilisés pour le financement du terrorisme, les organisations terroristes ou pour l'accomplissement d'actes terroristes ou qui en constituent le produit.
- **Rs IV/2003: déclaration des transactions suspectes liées au terrorisme** par les intermédiaires financiers.
- **Rs V/2003: coopération internationale entre les États membres en matière de financement du terrorisme.**
- **Rs VI/2003: assujettissement des services de transfert de fonds ou de valeurs alternatifs** aux recommandations du GAFI.
- **Rs VII/2003: informations exactes (nom, adresse et numéro de compte) lors de virements électroniques.** Les informations devaient accompagner le transfert des valeurs patrimoniales tout au long de la chaîne de paiement.
- **Rs VIII/2003: organismes à but non lucratif susceptibles de financer le terrorisme.** Les États membres devaient s'assurer que ces organismes n'étaient pas exploités pour financer le terrorisme.

Par souci d'exhaustivité, il convient de préciser qu'en 2004 le GAFI adopta une neuvième recommandation spéciale (Rs IX/2004) relative à la détection du transport transfrontalier d'argent<sup>132</sup>. Par la suite, le GAFI fit parvenir aux États membres un question-

---

<sup>129</sup> GILMORE, L'argent sale, p. 132 et les références citées.

<sup>130</sup> GAFI, Rapport annuel XIII, 2001-2002, Annexe A, les recommandations spéciales sur le financement du terrorisme, p. 1 à 2.

<sup>131</sup> Cf. Les actions de l'Assemblée générale des Nations Unies de lutte contre le terrorisme; in: Organisation des Nations unies (ONU), (<https://www.un.org/fr/index.html>) (22.11.2021).

<sup>132</sup> Cf. partie I, titre I, chapitre 2.4.

naire d'auto-évaluation et publia les résultats synthétiques sous forme d'un graphique dans son rapport annuel 2001/2002. Il ressort de ce graphique que la Suisse respectait intégralement les cinq premières recommandations spéciales et seulement en partie les recommandations spéciales six et sept relatives aux services de transfert de fonds et à l'utilisation des systèmes de transfert électronique à des fins de blanchiment<sup>133</sup>. Afin de permettre aux États membres de mieux comprendre les recommandations spéciales, des lignes directrices furent publiées par le GAFI en mars 2002<sup>134</sup>. Par ailleurs, le GAFI publia en avril 2002 un rapport sur le financement du terrorisme<sup>135</sup>. Dans la continuité de son travail, le GAFI a publié en juillet 2020 un rapport qui aide les pays à évaluer les risques liés au financement du terrorisme<sup>136</sup>.

Aujourd'hui comme à l'époque, le secteur des Organismes à but non lucratif (OBNL) est particulièrement vulnérable aux risques de financement du terrorisme. En effet, une commission américaine *ad hoc* établie à la suite des attentats arriva à la conclusion dans son rapport d'enquête qu'à partir de 1998 l'organisation terroriste Al-Qaïda avait perçu 30 millions USD par année, notamment par le biais d'organisations caritatives islamiques<sup>137</sup>. En juin 2014, le GAFI publia un rapport détaillé sur les risques liés au financement du terrorisme par les OBNL. L'étude menée par le GAFI a démontré que les OBNL engagés dans la fourniture de services humanitaires sont particulièrement exposés aux risques de financement du terrorisme en raison des types de ressources impliquées, de la portée géographique de leurs opérations et de leur accès aux populations vulnérables<sup>138</sup>. Mais quelle est la situation en Suisse aujourd'hui ?

L'analyse nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, datant de juin 2015, est arrivée à la conclusion que, malgré les nombreux indices relevés par les États-Unis après les attentats terroristes du 11 septembre 2011, les cas connus de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme par des OBNL en Suisse sont faibles. Il ne faut donc pas confondre les risques d'abus et les risques effectifs qui sont difficilement estimables en raison du manque de données chiffrées sur ce secteur. Par ailleurs, il apparaît en pratique que les OBNL ne financent pas des actes terroristes particuliers, mais soutiennent plutôt des groupes terroristes dans leur ensemble (logistique et infrastructure), groupes actifs dans des activités quasi-étatiques, de sorte qu'il est quasiment impossible de déterminer avec précision à quels projets concrets

<sup>133</sup> GAFI, Rapport annuel XIII, 2001-2002, Annexe B, graphique b, conformité avec les huit recommandations spéciales sur le financement du terrorisme, enquête d'auto-évaluation 2001-2002, recommandations spéciales 1 à 7, p. 2.

<sup>134</sup> GAFI, Rapport annuel XIII, 2001-2002, p. 6, par. 28 et la note de bas de page n° 12.

<sup>135</sup> Guidance for Financial Institutions in Detecting Terrorist Financing, 2002.

<sup>136</sup> GAFI, Rapport annuel XXX, 2018-2019, p. 12.

<sup>137</sup> GCBF, Blanchiment d'argent et financement du terrorisme par le biais d'organismes à but non lucratif, juin 2017, p. 22, chap. 4.1.

<sup>138</sup> FATF Report. Risk of Terrorist Abuse in Non-Profit Organizations, 2014, p. 76.

sont affectés les fonds récoltés. Cette difficulté s'accroît du fait des sommes modestes transférées par des systèmes bancaires ou informels. En Suisse, les OBNL présentant un risque de financement du terrorisme sont notamment actifs dans les milieux islamo-nationalistes et djihadistes. Toutefois, bien que l'on ait constaté des cas suspects de contacts entre des OBNL et des structures terroristes, il n'a pas été possible de confirmer des soupçons de financement du terrorisme jusqu'à présent<sup>139</sup>.

Une analyse sectorielle des risques en matière d'utilisation des OBNL à des fins de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme de juin 2017, est arrivée à la conclusion que les dispositions législatives existantes sont appropriées pour faire face au risque actuel. Néanmoins, l'étude recommande d'étendre l'obligation d'inscription au Registre du commerce (RC) aux associations présentant un risque accru en matière de financement du terrorisme et d'obliger les associations inscrites au RC de tenir une liste de leurs membres à des fins de transparence<sup>140</sup>. Le projet de loi modifiant les dispositions pertinentes du CC et du CO a été soumis au Parlement le 26 juin 2019 et a été adopté par l'Assemblée fédérale le 19 mars 2021<sup>141</sup>. Enfin, la deuxième analyse nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, publiée à la fin octobre 2021, relève que dans un quart des cas ayant fait l'objet d'une communication de soupçon, les relations d'affaires signalées sont ouvertes au nom de personnes morales, parmi lesquelles figurent également des OBNL<sup>142</sup>.

Quelle était l'étendue des nouvelles recommandations spéciales du GAFI? Selon GILMORE<sup>143</sup>, alors que les cinq premières recommandations spéciales présentaient des similitudes importantes avec la Convention onusienne et la Résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies, les trois autres abordaient de nouveaux points, à savoir les systèmes de remise de fonds alternatifs, les virements électroniques et les OBNL. Ces nouveautés avaient déjà fait l'objet de discussions au sein du GAFI en 1992.

Selon CASSANI, l'élaboration des recommandations spéciales par le GAFI a permis de greffer la lutte contre le financement du terrorisme sur le régime anti-blanchiment. L'auteur cite l'exemple de l'obligation de communication qui a été étendue à des valeurs patrimoniales liées ou associées au financement du terrorisme ou prévues pour être utilisées à cette fin<sup>144</sup>. Fort de ce constat, l'auteur relève que «[...] *les mesures introduites sous couvert de la lutte contre le financement du terrorisme ont doté la lutte*

---

<sup>139</sup> Rapport du GCBF sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment, p. 110 à 111.

<sup>140</sup> GCBF, Blanchiment d'argent et financement du terrorisme par le biais d'organismes à but non lucratif, 28 juin 2017, p. 39, chap. 6, p. 40, chap. 7.

<sup>141</sup> Cf. partie II, titre II, chapitre 9.

<sup>142</sup> Deuxième rapport du GCBF sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment, p. 47.

<sup>143</sup> GILMORE, L'argent sale, p. 135 et les références citées.

<sup>144</sup> CASSANI, L'internationalisation du droit pénal économique, p. 257.



*anti-blanchiment de nouveaux instruments [...]»<sup>145</sup> et prend pour exemple la Rs VII/2003 du GAFI qui prévoyait que les intermédiaires financiers devaient désormais inclure des informations exactes sur le donneur d'ordre et se doter d'un système de détection des transactions suspectes. Il s'ensuit que les mesures destinées à combattre le financement du terrorisme ont influencé de manière significative celles concernant la lutte contre le blanchiment d'argent<sup>146</sup>.*

Dans ce contexte, CASSANI souligne que, du point de vue conceptuel, il n'est pas aisé de considérer que le financement du terrorisme est une infraction préalable au blanchiment d'argent, dans la mesure où les activités terroristes sont financées au moyen de fonds de provenance licite qui font l'objet de manœuvres de dissimulation avant ou simultanément à leur mise à disposition des terroristes et non pas après celle-ci<sup>147</sup>. Par ailleurs, CASSANI considère que, d'un point de vue pragmatique, les terroristes se servent de l'économie souterraine ou des échanges informels pour financer leurs actes et pas du secteur bancaire<sup>148</sup>. La détection de flux monétaire modestes utilisés pour perpétrer des actes terroristes est difficile pour les intermédiaires financiers. Enfin, le parallélisme établi par le GAFI entre la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme n'est pas convaincant selon l'auteur. Il aurait toutefois permis de renforcer le dispositif anti-blanchiment<sup>149</sup>.

Nous ne partageons que partiellement cet avis car, dans une étude sur le financement du terrorisme, les États membres du GAFI sont arrivés à la conclusion que les terroristes utilisent les mêmes canaux et les mêmes techniques que les blanchisseurs d'argent<sup>150</sup>. Toutefois, en ce qui concerne le repérage d'actes liés au financement du terrorisme, nous rejoignons la position de l'auteur: la difficulté majeure pour les intermédiaires financiers réside dans la modicité des flux financiers qui, souvent, ne sont pas détectables moyennant les seuils établis par les systèmes de surveillance des tran-

<sup>145</sup> CASSANI, *L'internationalisation du droit pénal économique*, p. 258; du même avis REINLE, *Die Meldepflicht im GwG*, p. 101, N 289.

<sup>146</sup> CASSANI, *L'internationalisation du droit pénal économique*, p. 258.

<sup>147</sup> CASSANI, *L'internationalisation du droit pénal économique*, p. 258.

<sup>148</sup> Le rapport sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme semble soutenir cette thèse, car les experts arrivent à la conclusion qu'il n'y a pas d'indication pour la Suisse que les valeurs patrimoniales utilisées à de possibles fins de financement du terrorisme soient davantage d'origine criminelle que d'origine légale. À l'exception des collectes de dons obligatoires qui peuvent être organisées au sein de certaines communautés et qui sont assimilables à des extorsions de fonds pouvant servir à financer des activités terroristes; cf. Rapport du GCBF sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment, p. 50. La deuxième analyse nationale des risques de blanchiment d'argent a confirmé que les fonds liés au financement du terrorisme proviennent en général de sources et de revenus licites; cf. Deuxième rapport du GCBF sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment, p. 48.

<sup>149</sup> CASSANI, *L'internationalisation du droit pénal économique*, p. 258 à 259.

<sup>150</sup> GAFI, *Rapport annuel XI, 1999-2000*, p. 19 à 20, par. 78 à 82; KIRSCH, *Geldwäschereitechniken*, p. 7 et la note de bas de page 22.

sactions. Il s'ensuit que ces flux monétaires ne font pas l'objet de clarifications supplémentaires. Afin de détecter ces transactions, il faudrait idéalement développer des typologies spécifiques en lien avec le financement du terrorisme qui toutefois ne sont pas aisées à déterminer. L'origine légale des fonds pour financer le terrorisme pose une difficulté supplémentaire, puisqu'elle passe inaperçue<sup>151</sup>. Ces constatations se reflètent également dans les communications pour soupçon de financement du terrorisme reçues par le MROS dans la période comprise entre 2006 à 2015 qui ne représentaient que 1.1 % de toutes les communications reçues<sup>152</sup>, à l'exception des années 2018 et 2019 qui ont enregistré une forte augmentation dans ce domaine<sup>153</sup>. Par ailleurs, selon les statistiques établies dans la période de 2004 à 2014, les communications effectuées par les intermédiaires financiers pour soupçon de financement du terrorisme étaient surtout la conséquence d'informations obtenues de tiers, d'articles de presse ou d'indications reçues des autorités pénales<sup>154</sup>. En revanche, en 2018, un quart des communications de soupçons avaient pour objet le financement du terrorisme et en 2019, cette proportion a atteint un tiers des communications. Les sommes impliquées en 2018 s'élevaient en moyenne à 230 000 CHF par communication. Les soupçons de terrorisme en 2018 ont porté aussi bien sur l'État islamique et Al-Qaïda, que sur des groupements locaux en lien avec le terrorisme dans différentes régions du monde<sup>155</sup>. Enfin, la deuxième analyse nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme relève que le nombre de communications adressées au MROS pour des soupçons de cette nature a considérablement augmenté. Alors que pendant la période 2004-2014, le MROS recevait environ 13 communications par année pour des tels faits, il en a reçu 341 entre 2015 et 2019, soit une moyenne de 68.2 par année<sup>156</sup>. Il est encore tôt pour déterminer si cette tendance va se renforcer ou si il s'agit plutôt d'une anomalie liée à des affaires spécifiques, impliquant des montants plus élevés et qui sont donc plus facilement détectables par les systèmes de monitoring des intermédiaires financiers. Le GAFI a publié des indications<sup>157</sup> pouvant ai-

---

<sup>151</sup> Lorsque par ex. le client d'un intermédiaire financier reçoit un crédit à la consommation à hauteur de 10 000 CHF et qu'il prélève de manière répétée 100 CHF pour financer un groupement terroriste, ces transactions ne sont pas détectées par le système de surveillance des transactions d'un institut financier et ne déclenchent pas des clarifications particulières qui pourraient donner lieu à une communication pour soupçons de financement du terrorisme au MROS. À moins que ces prélèvements n'aient eu lieu dans un pays à risque comme la Syrie.

<sup>152</sup> GCBF, Blanchiment d'argent et financement du terrorisme par le biais d'organismes à but non lucratif, 28 juin 2017, p. 27, chap. 4.3.

<sup>153</sup> MROS, Rapport annuel 2019, p. 10, ch. 2.3.

<sup>154</sup> Rapport du GCBF sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment, p. 52.

<sup>155</sup> MROS, Rapport annuel 2018, p. 12 à 13; MROS, Rapport annuel 2019, p. 10.

<sup>156</sup> Deuxième rapport du GCBF sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment, p. 47.

<sup>157</sup> Rapport sur les typologies de financement du terrorisme, 2004-2005 et 2008 et plus récemment les rapports suivants: Terrorist Financing in Central and West Africa, 2016; Financing of Recruitment for Terrorist Purposes, 2018 et Terrorist Financing Risk Assessment Guidance, 2019, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<<https://www.fatf-gafi.org/fr/>>), consulter à ce titre:

der à détecter les cas de financement du terrorisme. En juin 2016, le GAFI a en outre publié sur le sujet un rapport qui n'est pas publiquement accessible, mais qui a été distribué aux États membres<sup>158</sup>. Enfin, le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté, le 28 mars 2019, la Résolution 2462<sup>159</sup> qui exhorte tous les pays à mettre en œuvre les recommandations du GAFI, y compris les standards relatifs à l'évaluation des risques liés au financement du terrorisme<sup>160</sup>.

### 2.3 Les travaux du GAFI 2001–2003

La résolution prise par le GAFI de mettre en œuvre les recommandations spéciales fut sans doute l'événement le plus marquant durant les années 2001 et 2002<sup>161</sup>. En outre, le GAFI a entamé la révision des 40 recommandations<sup>162</sup>. Les études menées par le GAFI se focalisèrent principalement sur les typologies de financement du terrorisme, les opérations de banque correspondante ainsi que les titres au porteur et d'autres instruments négociables<sup>163</sup>. S'agissant des relations de banques correspondantes, les experts du GAFI arrivèrent à la conclusion qu'elles pouvaient être utilisées pour dissimuler la vraie identité ou la véritable nature des activités des clients bancaires. Ils décidèrent en conséquence d'aborder de manière approfondie le processus d'identification des clients faisant usage de ces prestations dans le cadre de la révision des 40 recommandations. Les experts du GAFI abordèrent également la question de l'échange et la dissimulation des titres au porteur et d'autres instruments négociables<sup>164</sup>.

Pendant la période comprise entre 2002 et 2003 le GAFI poursuivit la révision de ses 40 recommandations. Cette révision totale des recommandations introduisit des changements importants visant à renforcer la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme<sup>165</sup>. En octobre 2002, le GAFI publia un document concernant les meilleures pratiques pour lutter contre l'utilisation abusive des OBNL à des

---

<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Terrorist-Financing-West-Central-Africa.pdf>, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Financing-Recruitment-for-Terrorism.pdf>, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Terrorist-Financing-Risk-Assessment-Guidance.pdf> (22.11.2021).

<sup>158</sup> GCBF, Blanchiment d'argent et financement du terrorisme par le biais d'organismes à but non lucratif, 28 juin 2017, p. 21.

<sup>159</sup> Résolution 2462 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 28 mars 2019, in: Organisation des Nations Unies (ONU), (<https://www.un.org/fr/index.html>); consulter à ce titre: <https://www.un.org/securitycouncil/fr/content/sres24622019> (22.11.2021).

<sup>160</sup> GAFI, Rapport annuel XXX, 2018-2019, p. 15.

<sup>161</sup> GAFI, Rapport annuel XIII, 2001-2002, p. 1, par. 1 et 6.

<sup>162</sup> GAFI, Rapport annuel XIII, 2001-2002, p. 19, par. 88 à 90.

<sup>163</sup> GAFI, Rapport annuel XIII, 2001-2002, p. 2, par. 10.

<sup>164</sup> GAFI, Rapport annuel XIII, 2001-2002, p. 17 à 18, par. 80 à 83.

<sup>165</sup> GAFI, Rapport annuel XIII, 2001-2002, p. 1, par. 2.

fins de financement du terrorisme<sup>166</sup>. En outre, le FMI et la Banque mondiale reconnuent les 40 recommandations et les huit recommandations spéciales comme normes internationales en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. Ainsi, en octobre 2002, le GAFI, le FMI et la Banque mondiale se mirent d'accord sur une méthodologie commune, afin d'évaluer la conformité du dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent des États membres<sup>167</sup>.

### 2.3.1 La révision des recommandations en 2003

Afin de tenir compte de l'évolution des techniques relatives au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme et suite aux expériences tirées des évaluations mutuelles ainsi que des lacunes identifiées au cours de l'exercice d'évaluation des PTNC, le GAFI décida de réviser une seconde fois ses 40 recommandations. Selon GILMORE<sup>168</sup>, cette révision était bien plus importante que celle effectuée en 1996 pour deux raisons: d'une part, en raison des thèmes abordés et, d'autre part, parce qu'il fallait intégrer les huit recommandations spéciales dans les 40 recommandations qui, par leur nature, ne s'appliquaient pas à la lutte contre le terrorisme. À noter aussi que le G7<sup>169</sup> avait insisté pour que les recommandations du GAFI soient soumises à une révision complète<sup>170</sup>. Les 40 recommandations révisées furent adoptées lors d'une séance plénière extraordinaire du GAFI en juin 2003 à Paris<sup>171</sup>. Elles avaient la teneur suivante<sup>172</sup>:

- **Infractions préalables au blanchiment d'argent (R. 1/2003)**: le GAFI introduisit une liste minimale de catégories<sup>173</sup> d'infractions préalables au blanchiment d'argent<sup>174</sup>.

---

<sup>166</sup> FATF Guidance Document, Abuse of Non-Profit Organizations, 2002.

<sup>167</sup> GAFI, Rapport annuel XIV, 2002-2003, p. 2, par. 5 *in fine*.

<sup>168</sup> GILMORE, L'argent sale, p. 114.

<sup>169</sup> Selon GILMORE, les ministres des Finances du G7 qui étaient réunis à Okinawa ont demandé au GAFI d'examiner ses recommandations sur les points suivants: a) les *gatekeepers*, b) les indications du donneur d'ordre lors de virements électroniques, c) l'obtention d'informations sur les structures sociétaires, d) la coopération internationale en matière de patrimoine public volé; in: GILMORE, L'argent sale, p. 113 et p. 114 et les références citées.

<sup>170</sup> GILMORE, L'argent sale, p. 113 et les références citées.

<sup>171</sup> GAFI, Rapport annuel XIV, 2002-2003, p. 5, par. 19.

<sup>172</sup> GAFI, Rapport annuel XIV, 2002-2003, p. 6 à 8, par. 21.

<sup>173</sup> Les recommandations du GAFI, 2003, R. 1/2003 p. 3, Glossaire p. 16; KARRER, p. 5, N 17.

<sup>174</sup> Les infractions préalables listées par le GAFI étaient les suivantes: La participation à un groupe criminel organisé et à un racket; le terrorisme, y compris son financement, la traite d'êtres humains et le trafic illicite de migrants, l'exploitation sexuelle, y compris celle des enfants, le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, le trafic d'armes, le trafic illicite de biens volés, la corruption, la fraude et l'escroquerie, la contrefaçon de monnaie et le piratage de produits, les crimes contre l'environnement, les meurtres et les blessures corporelles graves, l'enlèvement, la séquestration et la prise d'otages, le vol, la contrebande, l'extorsion, le faux, la piraterie, les délits d'initiés et la manipulation de marchés; in: Les recommandations du GAFI, 2003, Glossaire, p. 16.

- **Extension des contre-mesures aux entreprises et professions non financières désignées (R. 12/2003 et R. 16/2003)**: les recommandations furent étendues aux casinos, aux agents immobiliers, aux négociants en métaux précieux et de pierres précieuses ainsi qu'aux *gatekeepers*<sup>175</sup> (avocats, notaires, comptables et autres professions juridiques indépendantes, prestataires pour la création de trusts et de sociétés)<sup>176</sup>.
- **Devoir de vigilance relatif à la clientèle (R. 5/2003)**: des mesures plus rigoureuses furent introduites pour l'identification des contreparties et des ayants droit économiques.
- **Personnes politiquement exposées<sup>177</sup> et relations de banque correspondante (R. 6/2003 et R. 7/2003)**: les intermédiaires financiers devaient adopter de mesures renforcées pour ces deux types de relations d'affaires à risque accru.
- **Recours à des tiers et à des intermédiaires (R. 9/2003)**: lors d'externalisation des obligations de diligence à des tiers, les institutions financières restaient responsables en dernier ressort de la bonne exécution des obligations de diligence.
- **Mesures institutionnelles (R. 26/2003 et 27/2003)**: les États membres devaient fonder une CRF chargée de recevoir les déclarations d'opérations suspectes.
- **Interdiction des banques fictives (R. 18/2003)**: interdiction d'autoriser des banques qui n'avaient pas une présence physique dans le pays et qui n'étaient pas affiliées à un groupe financier réglementé.
- **Transparence des personnes morales et des constructions juridiques (R. 33/2003 et R. 34/2003)**: les États membres devaient connaître les bénéficiaires effectifs des personnes morales et des constructions juridiques.

---

<sup>175</sup> Pour la définition de *gatekeeper*, consulter GIANNINI, *Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei*, p. 45, traduction de l'allemand: Les *gatekeepers*, ou ouvriers de portes, sont des personnes qui, en raison de leurs connaissances juridiques ou financières, aident leurs clients à organiser ou à gérer leurs finances et, si nécessaire, effectuent également directement des transactions financières pour le compte de leurs clients ou se présentent comme intermédiaires, ce qui permet au client de rester en arrière-plan. On compte parmi les *gatekeepers* notamment les sociétés fiduciaires et les gérants de fortune, mais également les avocats et les notaires.

<sup>176</sup> Cf. KARRER, p. 5, N 17.

<sup>177</sup> «*Une personne politiquement exposée est une personne qui exerce ou a exercé d'importantes fonctions publiques dans un pays étranger, par exemple, de Chef d'État ou de gouvernement, de politiciens de haut rang, de hauts responsables au sein des pouvoirs publics, de magistrats ou militaires de haut rang, de dirigeants d'une entreprise publique ou de responsables de parti politique. Les relations d'affaires avec les membres de la famille d'une PEP ou les personnes qui lui sont étroitement associées présentent, sur le plan de la réputation, des risques similaires à ceux liés aux PEP elles-mêmes. Cette expression ne couvre pas les personnes de rang moyen ou inférieur relevant des catégories mentionnées ci-dessus [...]*»; in: Les recommandations du GAFI, octobre 2003, p. 19.

- **Coopération internationale (R. 35/2003)**: les pays devaient mettre en œuvre la Convention de Vienne, la Convention de Palerme<sup>178</sup> et la Convention onusienne pour la répression du financement du terrorisme.

Par ailleurs, le GAFI renforça l'approche basée sur les risques pour les mesures de vigilance à l'égard de la clientèle «[...] elles [les institutions financières] peuvent déterminer l'étendue de ces mesures en fonction du niveau de risque associé au type de clientèle, de relation d'affaires ou de transaction. Les mesures prises devraient être conformes aux lignes directrices mises en place par les autorités compétentes. Pour les catégories à plus haut risque, les institutions financières devraient prendre des mesures de vigilance renforcée. Dans des circonstances déterminées, lorsque les risques sont faibles, les pays peuvent décider d'autoriser les institutions financières à appliquer des mesures réduites ou simplifiées [...]»<sup>179</sup> Il a fallu attendre la révision des recommandations en 2012 pour que le GAFI étende l'approche basée sur les risques à l'ensemble de ses recommandations<sup>180</sup>.

S'agissant des personnes politiquement exposées, GILMORE soulève que «[...] étant donné l'importance de cette question pour l'action internationale conjointe de lutte contre la corruption, qu'il est peut-être malheureux que le glossaire définisse les <personnes politiquement exposées> comme toute personne qui a ou s'est vu confier des fonctions publiques <dans un pays étranger>. La note interprétative correspondante se borne à encourager l'extension du concept à des homologues dans le contexte national [...]»<sup>181</sup> Nous partageons l'avis précurseur de GILMORE, car en 2012, la définition de personne politiquement exposée a été étendue à des personnalités nationales<sup>182</sup>.

Selon GILMORE<sup>183</sup>, les changements les plus significatifs concernaient les obligations de diligence des intermédiaires financiers et des entreprises et professions non

---

<sup>178</sup> La Convention de Palerme réprime à son art. 6 le blanchiment des infractions relevant de la criminalité organisée transnationale, plus particulièrement des infractions de participation à une organisation criminelle (art. 5), de corruption (art. 8) et d'entrave au bon fonctionnement de la justice (art. 23). Cette disposition s'applique seulement si les infractions sont de nature transnationale et qu'un groupe criminel organisé est impliqué (art. 3, par. 1); cf. CASSANI, L'internationalisation du droit pénal économique, p. 253 à 254; Kommentar Kriminellen Vermögen 2018, PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN ad Art. 260<sup>ter</sup> StGB N 119.

<sup>179</sup> Les recommandations du GAFI, 2003, p. 5, recommandation 5/2003.

<sup>180</sup> Cf. partie I, titre I, chapitre 2.5.1.

<sup>181</sup> GILMORE, L'argent sale, p. 119.

<sup>182</sup> «[...] L'expression PEP nationales désigne les personnes physiques qui exercent ou ont exercé d'importantes fonctions publiques dans le pays, par exemple, les chefs d'État et de gouvernement, les politiciens de haut rang, les hauts responsables au sein des pouvoirs publics, les magistrats et militaires de haut rang, les dirigeants d'entreprise publique et les hauts responsables de partis politiques [...]»; cf. Les recommandations du GAFI, 2012, (version française), glossaire, personnes politiquement exposées, p. 130.

<sup>183</sup> GILMORE, L'argent sale, p. 118 et les références citées.

financières. En effet, ces mesures avaient désormais une teneur plus claire et fixaient un cadre réglementaire plus détaillé tout en adoptant une approche basée sur le risque. Selon PIETH, le GAFI a repris dans la révision de 2003 les règles sur le devoir de diligence des banques au sujet de la clientèle (*customer due diligence for banks*)<sup>184</sup> du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire publiées en 2001<sup>185</sup>.

Nous partageons l'avis de ces auteurs dans la mesure où la majorité des recommandations révisées concernaient les obligations de diligence. En effet, le document publié par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (*Banking Committee on Banking Supervision*) exigeait la mise en œuvre des obligations de diligence en fonction du risque représenté par les relations d'affaires et les transactions effectuées. Or, le GAFI a repris cette même approche dans le cadre des obligations de diligence envers la clientèle. Cette façon de procéder n'est pas surprenante, car les organismes internationaux, initiateurs de normes, exercent inévitablement une influence les uns sur les autres.

## 2.4 Les travaux du GAFI 2003–2007

Dans la période comprise entre 2003 à 2004, les États membres renouvelèrent jusqu'en 2012 le mandat du GAFI pour la troisième période consécutive. Par ailleurs, le GAFI publia des nouvelles directives relatives à la mise en œuvre des recommandations spéciales II/2003, III/2003<sup>186</sup>, à la poursuite et aux sanctions pénales des personnes finançant le terrorisme ainsi qu'au gel et à la confiscation des biens<sup>187</sup>.

Dans la période allant de 2004 à 2005, le GAFI adopta une neuvième recommandation spéciale (Rs IX/2004) relative à la détection du transport transfrontalier d'argent<sup>188</sup>. Lors du troisième cycle d'évaluations mutuelles, les États membres furent évalués pour la première fois sur le degré de mise en œuvre des recommandations spéciales du GAFI<sup>189</sup>. Par ailleurs, le GAFI publia pour la première fois son budget pour les années 2004 et 2005 comportant plus d'un million et demi d'euros de dépenses et frais<sup>190</sup>.

Dans la période qui suivit, les États membres décidèrent que les organes régionaux du type GAFI devaient devenir membres associés afin d'avoir accès aux travaux et débats

<sup>184</sup> Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB), (<https://www.bis.org/publ/bcbs85.htm>), règles sur le devoir de diligence des banques au sujet de la clientèle; consulter à ce titre: <https://www.bis.org/publ/bcbs85f.pdf> (22.11.2021); cf. CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 259.

<sup>185</sup> BSK StGB-PIETH ad Vor Art. 305<sup>bis</sup> N 32.

<sup>186</sup> GAFI, Rapport annuel XV, 2003-2004, par. 4.

<sup>187</sup> GAFI, Rapport annuel XV, 2003-2004, par. 23 à 24.

<sup>188</sup> GAFI, Rapport annuel XVI, 2004-2005, p. 7, par. 11.

<sup>189</sup> GAFI, Rapport annuel XVI, 2004-2005, p. 9, par. 19 à 20.

<sup>190</sup> GAFI, Rapport annuel XVI, 2004-2005, p. 14, par. 49.



du GAFI<sup>191</sup>. L'objectif de ce nouveau statut était de renforcer le partenariat entre le GAFI et ses affiliés régionaux<sup>192</sup>.

En 2007, le GAFI créa le *Groupe d'examen de la coopération internationale (ICRG)* chargé de surveiller et proposer des mesures d'améliorations pour les juridictions présentant des risques accrus<sup>193</sup>. Par ailleurs, il adopta des lignes directrices sur l'approche basée sur les risques. Ce document fut élaboré par des représentants du secteur privé et du secteur public et était destiné aussi bien aux institutions financières qu'à des organismes publics<sup>194</sup>. Enfin, le GAFI publia des lignes directrices sur la mise en œuvre des dispositions financières des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies visant à combattre la prolifération des armes de destruction massive. On notera qu'il s'agit d'un premier pas vers l'élargissement du mandat du GAFI.

## 2.5 Les travaux du GAFI 2007–2012

Dans les années 2007 et 2008, le GAFI publia en collaboration avec le secteur privé des nouvelles lignes directrices sur l'approche fondée sur les risques pour les comptables, les négociants en pierres et métaux précieux, les agents immobiliers et les prestataires de services aux sociétés<sup>195</sup>. Par ailleurs, il publia des analyses sur les typologies de blanchiment d'argent, notamment en matière de financement du terrorisme et de la prolifération des armes de destruction massive<sup>196</sup>, malgré l'absence d'un mandat formel en la matière. Dans ce contexte, il adopta deux lignes directrices, et ce, afin d'assister les gouvernements et les institutions financières dans la mise en œuvre des obligations issues des Résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies. Ces lignes directrices s'appuyaient sur des documents précédemment publiés par le GAFI en 2007 sur les sanctions financières ciblées de la Résolution 1737 du Conseil de sécurité des Nations Unies<sup>197</sup>. Or, si cette approche doit être saluée d'un point de vue de la lutte contre le financement de la prolifération, elle soulève inéluctablement des questions quant à l'expansion des activités du GAFI à des domaines pour lesquels il ne disposait pas d'un mandat formel. Jusqu'à présent le GAFI a renoncé à ériger une liste de caté-

---

<sup>191</sup> Il s'agit du Groupe Asie/Pacifique sur le blanchiment de capitaux (GAP), du Groupe d'action financière d'Amérique du sud (GAFISUD) et du Comité d'experts du Conseil de l'Europe sur l'évaluation des mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux (MONEYVAL); cf. GAFI, Rapport annuel XVI, 2004-2005, p. 10, par. 22 à 24.

<sup>192</sup> GAFI, Rapport annuel XVII, 2005-2006, p. 5, par. 19 à 21.

<sup>193</sup> TAUBE, *Die Schwarze Liste der FATF*, p. 212.

<sup>194</sup> GAFI, Rapport annuel XVIII, 2006-2007, p. 12, par. 47 à 49.

<sup>195</sup> GAFI, Rapport annuel, XIX, 2007-2008, p. 15, par. 58 à 59.

<sup>196</sup> GAFI, Rapport annuel XIX, 2007-2008, p. 9, par. 36 à 39.

<sup>197</sup> GAFI, Rapport annuel XIX, 2007-2008, p. 5, par 20; Résolution 1737 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 23 décembre 2006, in: Organisation des Nations Unies (ONU), (<<https://www.un.org/fr/index.html>>); consulter à ce titre: <[https://www.un.org/securitycouncil/fr/nod\\_e/45690](https://www.un.org/securitycouncil/fr/nod_e/45690)> (22.11.2021).



gories d'infractions préalables relatives au financement de la prolifération des armes de destruction massive comme c'est le cas pour le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Il y a donc une différence dans l'application des standards dans ce domaine. Enfin, le GAFI publia une première liste des pays et territoires à haut risque<sup>198</sup>.

Dans la période allant de 2008 à 2009, le GAFI continua son action en publiant des lignes directrices sur la mise en œuvre des dispositions financières de la Résolution 1803 du Conseil de sécurité des Nations Unies<sup>199</sup>. Ces directives décrivaient ainsi les actions à envisager lors de relations d'affaires avec les institutions financières iraniennes et leurs succursales et filiales à l'étranger<sup>200</sup>. Enfin, le GAFI publia deux nouvelles études sur les vulnérabilités au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme des casinos et du secteur du football. À ce titre, il est intéressant de constater que le GAFI avait reconnu la vulnérabilité du secteur du football bien avant que l'affaire de corruption lié à la FIFA n'éclate en 2015<sup>201</sup>.

De 2009 à 2010, le GAFI procéda à une analyse de l'impact de la crise financière, notamment sur les programmes de déclaration fiscale volontaire<sup>202</sup>. Par ailleurs, le mandat du GAFI a été officiellement élargi à la lutte contre le financement de la prolifération des armes de destruction massive<sup>203</sup>. Enfin, le GAFI continua sa politique de *namings and shamings* en publiant des déclarations désignant les pays avec des défaillances stratégiques et n'ayant pas fait suffisamment de progrès dans leurs tentatives de remédier à ces insuffisances ou n'ayant pas adhéré à un plan d'action développé par le GAFI. Il désigna aussi les pays contre lesquels il appelait les États membres à prendre des contre-mesures<sup>204</sup>. En outre, le GAFI publia une deuxième déclaration sur les pays améliorant leurs dispositifs de lutte contre le blanchiment d'argent<sup>205</sup>.

Durant la période allant de 2010 à 2011, le GAFI termina son troisième cycle d'évaluations mutuelles et décida de réviser ses recommandations pour la troisième fois consécutive. Par ailleurs, il publia des directives sur l'inclusion financière pour veiller à ce que les mesures de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terro-

<sup>198</sup> Figurent parmi ces pays: l'Ouzbékistan, l'Iran, le Pakistan, le Turkménistan, Sao Tomé et Príncipe ainsi que la Chypre du nord; cf. GAFI, Rapport annuel XIX, 2007-2008, p. 14, par. 53.

<sup>199</sup> Résolution 1803 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 3 mars 2008, in: Organisation des Nations Unies (ONU), (<<https://www.un.org/fr/index.html>>); consulter à ce titre: <<https://www.un.org/securitycouncil/fr/s/res/1803-%282008%29>> (22.11.2021).

<sup>200</sup> GAFI, Rapport annuel XX, 2008-2009, p. 11.

<sup>201</sup> Le lecteur est renvoyé à l'affaire FIFA dans la partie II, titre I, chapitre 2.11.4.

<sup>202</sup> GAFI, Rapport annuel XXI, 2009-2010, p. 19.

<sup>203</sup> GAFI, Rapport annuel XXI, 2009-2010, p. 21.

<sup>204</sup> En 2010 le GAFI a appelé les États membres à appliquer des contre-mesures contre l'Iran; cf. GAFI, Rapport annuel XXI, 2009-2010, p. 31.

<sup>205</sup> GAFI, Rapport annuel XXI, 2009-2010, p. 31 à 32.

risme n'empêchent pas les pays et les habitants les plus défavorisés d'accéder à des prestations financières. En réponse à une demande du G20, le GAFI publia une note informative en matière de lutte contre la corruption<sup>206</sup>. Entre 2011 et 2012, le GAFI révisa complètement ses recommandations ainsi que les notes interprétatives y afférentes qu'il adopta en février 2012<sup>207</sup>. Par ailleurs, il entama le processus de préparation pour le quatrième cycle d'évaluations mutuelles<sup>208</sup> et publia trois nouvelles études en matière d'enquêtes financières, de facteurs de risque spécifiques au blanchiment des produits de la corruption et du commerce illicite du tabac<sup>209</sup>. Enfin, son mandat fut renouvelé pour huit années consécutives jusqu'en 2020<sup>210</sup>.

Par ailleurs, le GAFI continua à publier des déclarations concernant les pays à haut risque et non coopératifs, étant persuadé que: «[...] *L'identification publique de ces pays et territoires a montré avec succès que cela pouvait les encourager à améliorer leur dispositif de LBC/FT, et a, par là-même, abouti à un meilleur respect des normes à l'échelle internationale ainsi qu'au renforcement de la coopération internationale en vue de lutter contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et d'autres menaces connexes. Les déclarations du GAFI dans ce domaine donnent une indication du risque stratégique que représente chacun des pays identifiés et, par conséquent, des mesures de protection qu'il convient de prendre [...].*»<sup>211</sup>

À notre sens, il y a lieu de s'interroger sur cette pratique du GAFI. En effet, certains pays ne disposent pas des moyens opérationnels leur permettant de mettre en œuvre un système pour lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et se voient de ce fait automatiquement défavorisés. D'autre part, le degré de réalisation des travaux en relation avec un dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent dépend surtout de la volonté politique des pays concernés. Dans cette perspective, le *naming and shaming* représente sans doute un moyen efficace pour exercer une pression sur les pays refusant de faire des progrès dans ce domaine. Toutefois, cette démarche stigmatise les pays défavorisés ne disposant pas des outils pour mettre en œuvre les 40 recommandations du GAFI.

### 2.5.1 La révision des recommandations en 2012

En février 2012, le GAFI révisa pour la quatrième fois consécutive ses 40 recommandations dans le but de renforcer la réglementation dans les domaines présentant un risque plus élevé et répondre ainsi aux nouvelles formes de criminalité économique<sup>212</sup>.

---

<sup>206</sup> GAFI, Rapport annuel XXII, 2010-2011, p. 3 à 4.

<sup>207</sup> GAFI, Rapport annuel XXIII, 2011-2012, p. 15 à 18.

<sup>208</sup> GAFI, Rapport annuel XXIII, 2011-2012, p. 8.

<sup>209</sup> GAFI, Rapport annuel XXIII, 2011-2012, p. 27 à 28.

<sup>210</sup> GAFI, Rapport annuel XXIII, 2011-2012, Annexe II, p. 43 à 51.

<sup>211</sup> GAFI, Rapport annuel XXIII, 2011-2012, p. 29.

<sup>212</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version anglaise, mise à jour en octobre 2020), p. 8.

La crise financière et la pression internationale sur le secret bancaire ont renforcé les liens entre la lutte contre l'évasion fiscale et celle contre le blanchiment d'argent. Cette interaction a sans doute influencé le GAFI et inspiré l'adoption d'une recommandation visant à réprimer l'infraction fiscale préalable au blanchiment d'argent<sup>213</sup>. Les recommandations spéciales du GAFI pour lutter contre le financement du terrorisme furent intégrées dans les 40 recommandations qui prévoient depuis lors les nouveautés suivantes :

- **Une nouvelle recommandation a été introduite pour lutter contre le financement de la prolifération des armes de destruction massive (R. 7/2012)**, afin de s'assurer que les États membres mettent en œuvre systématiquement les sanctions financières ciblées introduites par le Conseil de sécurité des Nations Unies.
- **Les pouvoirs des CRF ont été renforcés (R. 29/2012)** afin de disposer d'un large éventail de techniques d'enquêtes.
- **Les obligations de diligence relatives aux PPE ont été élargies (R. 12/2012)** aux PPE nationales et aux fonctionnaires d'organisations internationales afin de tenir compte du risque de corruption que représente cette catégorie de clients.
- **Des nouvelles dispositions en matière de transparence des personnes morales et constructions juridiques ont été introduites (R. 24/2012 et 25/2012)**, afin de renforcer la transparence sur les bénéficiaires effectifs de sociétés et les personnes exerçant un contrôle sur celles-ci.
- **Les délits fiscaux ont été qualifiés d'infraction préalable au blanchiment d'argent**<sup>214</sup> et l'infraction de contrebande a été davantage clarifiée, afin d'inclure les informations relatives aux droits de douanes et d'accise aux taxes<sup>215</sup>.

À notre sens, l'une des nouveautés les plus significatives de cette révision a été le renforcement de l'approche basée sur les risques à l'ensemble des recommandations, permettant aux États membres d'effectuer des analyses des risques et de se concentrer sur les catégories présentant des risques plus élevés et de disposer parallèlement d'une certaine souplesse pour les autres domaines<sup>216</sup>. L'introduction d'un délit fiscal préalable au blanchiment d'argent et le renforcement des mesures de transparence pour les personnes morales ont été la pierre angulaire de cette révision.

Finalement, l'introduction d'une nouvelle méthodologie d'examen portant également sur l'efficacité des systèmes, et non uniquement sur le cadre réglementaire, représente

<sup>213</sup> Message GAFI 2012, FF 2014 585, p. 586.

<sup>214</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version anglaise mise à jour en octobre 2021), glossaire, catégories désignées d'infractions, p. 119 à 120.

<sup>215</sup> GAFI, Rapport annuel XXIII, 2011-2012, p. 16 à 18.

<sup>216</sup> GAFI, Rapport annuel XXIII, 2011-2012, p. 15.

également un tournant dans la pratique développée jusqu'alors par le GAFI<sup>217</sup>. La mise en œuvre par les États membres des recommandations révisées du GAFI en 2012 fait actuellement l'objet d'évaluations mutuelles depuis 2014, qui prendront fin en 2024 selon l'échéancier provisoire publié sur le site Internet du GAFI<sup>218</sup>. Au vu de la situation sanitaire depuis mars 2020, certaines évaluations mutuelles ont dû être reportées<sup>219</sup> et il n'est pas exclu qu'il y ait d'autres retards.

## 2.6 Les travaux du GAFI 2012–2021

Dans les années 2012 et 2013, les travaux du GAFI se concentrèrent sur la conception de la nouvelle méthodologie d'examen pour le quatrième cycle d'évaluations mutuelles ainsi que la mise à jour des directives existantes. En outre, le GAFI porta une attention particulière à la problématique de l'inclusion financière<sup>220</sup> en publiant des directives révisées en la matière<sup>221</sup>. Enfin, le GAFI publia des lignes directrices pour encourager les États membres à effectuer une analyse globale des risques en matière de blanchiment d'argent et financement du terrorisme (*National Risk Assessment*).

Dans la période suivante, allant de 2013 à 2014, le GAFI adopta la nouvelle méthodologie et les procédures relatives au quatrième cycle d'évaluations mutuelles et évalua une première série de pays<sup>222</sup>. Dans la période de 2014 à 2015, le GAFI publia différentes lignes directrices, notamment *the guidance on transparency and beneficial ownership*, *the guidance for a risk-based approach to virtual currencies* ainsi qu'un rapport identifiant les sources de financement de l'organisation terroriste État Islamique en Irak et au Levant (*Islamic State in Iraq and the Levant ISIL*)<sup>223</sup>. Par ailleurs, le GAFI s'est penché sur le phénomène du *de-risking* qu'il définit comme suit :

«[...] *While there is no universally agreed definition of <de-risking>, the FATF understands the term to mean decisions by banks to exit or restrict the business relationships with whole categories of customer (e.g., correspondence banks, money or value transfer services, non-profit organisations, etc.) to avoid, rather than manage, risk in a manner which is not in line with the FATF's risk-based approach. Such behavior is of a great concern to the FATF. Denying entire sectors access to the financial systems*

---

<sup>217</sup> GAFI, Rapport annuel XXIV, 2012-2013, p. 16 s.

<sup>218</sup> Calendrier des évaluations du GAFI, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<https://www.fatf-gafi.org/fr/>); consulter à ce titre: [http://www.fatf-gafi.org/fr/calendrier/calendrierdevaluations/?hf=10&b=120&s=asc\(document\\_lastmodifieddate\)&table=1](http://www.fatf-gafi.org/fr/calendrier/calendrierdevaluations/?hf=10&b=120&s=asc(document_lastmodifieddate)&table=1) (22.11.2021).

<sup>219</sup> GAFI, Rapport annuel XXXI, 2019-2020, p. 33.

<sup>220</sup> On entend par inclusion financière les services bancaires et financiers de base offert à des clients qui sont exclus des services traditionnels par exemple du fait de leur domiciliation dans des pays du tiers monde.

<sup>221</sup> GAFI, Rapport annuel XXIV, 2012-2013, p. 10 à 13.

<sup>222</sup> L'Australie, la Belgique, la Norvège et l'Espagne.

<sup>223</sup> GAFI, Rapport annuel XXVI, 2014-2015, p. 2 et 6.

*goes against what the FATF Recommendations require and increases financial exclusion. Financial exclusion drives financial activities underground, thereby making financial flows more opaque which increase money laundering and terrorist financing risks [...].»<sup>224</sup>*

Afin de contrecarrer le phénomène du *de-risking*, le GAFI a décidé de préciser certaines recommandations<sup>225</sup> pour encourager les intermédiaires financiers à gérer les risques liés à ce nouveau phénomène<sup>226</sup>. À notre sens, cette démarche est délicate et problématique si l'on considère les risques encourus par les intermédiaires financiers en cas de relations d'affaires avec des pays à risque et particulièrement exposés à des sanctions internationales.

Dans la période allant de 2015 à 2016, les objectifs poursuivis par le GAFI ont été influencés par les attaques terroristes perpétrées à Paris et à Bruxelles en novembre 2015. Lors d'une séance extraordinaire, le président du GAFI se réunit avec les ministres du Conseil de sécurité des Nations Unies, afin d'adopter la Résolution 2253. Cette résolution prévoyait que tous les États membres du GAFI devaient mettre en œuvre ses standards en matière de lutte contre le financement du terrorisme et les organisations terroristes telles que l'ISIL<sup>227</sup>. Par ailleurs, le GAFI adopta une stratégie<sup>228</sup> en matière de lutte contre le financement du terrorisme et publia un rapport identifiant les menaces et les vulnérabilités en lien avec les combattants terroristes à l'étranger, les nouveaux produits et services de paiement et l'exploitation des ressources naturelles pour financer le terrorisme. Le GAFI communiqua des indicateurs de risque relatifs au financement du terrorisme pour le secteur privé et les gouvernements, qui toutefois ne furent pas publiés pour en préserver la confidentialité<sup>229</sup>. Enfin la R. 8/2012 et sa note interprétative firent l'objet d'une révision afin de protéger les organismes à

<sup>224</sup> GAFI, Rapport annuel XXVI, 2014-2015, p. 7.

<sup>225</sup> Il s'agit notamment de la R. 10/2012 relative aux obligations de diligence, la R. 13/2012 sur les relations de banque correspondante et la R. 16/2012 relative aux virements électroniques.

<sup>226</sup> GAFI, Rapport annuel XXVI, 2014-2015, p. 7 à 8.

<sup>227</sup> GAFI, Rapport annuel XXVII, 2015-2016, p. 5; Résolution 2253 du 17 décembre 2015 du Conseil de sécurité des Nations Unies, in: Organisation des Nations Unies (ONU), (<https://www.un.org/fr/index.html>); consulter à ce titre: <https://www.un.org/securitycouncil/s/res/2253-%282015%29> (22.11.2021).

<sup>228</sup> La nouvelle stratégie se fonde sur les piliers suivants: «*Improve and update the understanding of terrorist financing risks, in particular the financing of ISIL/Da'esh; Ensure that the FATF Standards provide up-to-date and effective tools to identify and disrupt terrorist financing activity; Ensure countries are appropriately and effectively applying the tools, including UN Targeted Financial Sanctions, to identify and disrupt terrorist financing activity; Identify and take measures in relation to any country with strategic deficiencies for terrorist financing; Promote more effective domestic coordination and international cooperation to combat the financing of terrorism*»; Cf. GAFI, Rapport annuel XXVII, 2015-2016, p. 14 à 15.

<sup>229</sup> GAFI, Rapport annuel XXVII, 2015-2016, p. 45.

but non lucratif contre tout abus pour financer le terrorisme<sup>230</sup>. En outre, le remaniement de la note interprétative de la R. 5/2012, a permis d'y inclure la menace représentée par les combattants terroristes. Désormais, les États membres doivent ériger en infraction pénale le financement des voyages de personnes qui se rendent dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité afin de perpétrer, planifier et préparer des actes terroristes, pour participer à des tels actes ou pour y donner ou recevoir des formations afin de perpétrer des actes terroristes<sup>231</sup>. Cette menace n'était pas nouvelle, mais elle a atteint une nouvelle dimension avec les conflits en Syrie et en Irak<sup>232</sup>.

En outre, le GAFI décida de collaborer avec le Forum mondial à la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (OCDE)<sup>233</sup> afin d'améliorer l'implémentation des standards du GAFI en matière de transparence des personnes morales, y compris de disponibilité des informations sur l'ayant droit économique et l'échange de ces informations. En effet, les premières évaluations mutuelles menées par le GAFI ont relevé que les informations portant sur les différents types de sociétés n'étaient pas accessibles pour toutes les parties concernées. En outre, le GAFI a constaté que les banques mettaient mieux en œuvre les obligations de diligence en matière d'identification et de vérification de l'ayant droit économique que d'autres prestataires de services financiers, tels que les avocats et les *services providers* qui créent des sociétés. Enfin, les informations dans les registres d'actionnaires maintenus par les sociétés n'étaient pas mises à jour et ne faisaient pas non plus l'objet de contrôles et de sanctions<sup>234</sup>.

Il est intéressant de relever que le GAFI avait placé en 2014 le Panama sous une surveillance rapprochée en vue de déterminer s'il devait être listé parmi les pays présentant des défaillances stratégiques. Toutefois, compte tenu des progrès réalisés en matière d'identification des ayants droit économiques et suite à l'assujettissement d'avocats, de comptables et d'entreprises offrant des services pour la constitution de sociétés, le GAFI a décidé que le Panama pouvait quitter le processus de surveillance rapprochée en février 2016<sup>235</sup>. On peut s'interroger sur la pertinence de cette décision

---

<sup>230</sup> GAFI, Rapport annuel XXVII, 2015-2016, p. 6.

<sup>231</sup> GAFI, Rapport annuel XXVII, 2015-2016, p. 23.

<sup>232</sup> GAFI, Rapport annuel XXVII, 2015-2016, p. 23.

<sup>233</sup> L'Organisation européenne de coopération économique a été instituée en 1948 pour administrer le plan Marshall financé par les États-Unis afin de reconstruire un continent dévasté par la guerre. Aujourd'hui l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) compte 35 États membres qui se réunissent, afin de promouvoir l'expansion économique, maintenir la stabilité financière et contribuer à l'expansion du commerce mondial, in: Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), (<https://www.oecd.org/fr/>); consulter à ce titre la Convention de l'OCDE: (<http://www.oecd.org/fr/generale/conventionrelativealorganisationdecooperationetdedevveloppementeconomiques.htm>) (22.11.2021).

<sup>234</sup> GAFI, Rapport annuel XXVII, 2015-2016, p. 7, p. 26 à 27.

<sup>235</sup> GAFI, Rapport annuel XXVII, 2015-2016, p. 7, p. 35 et 39.

au regard des révélations ayant trait au scandale de blanchiment d'argent lié à la création de sociétés *offshore* au Panama deux mois plus tard<sup>236</sup>. Au vu de ce qui précède, il serait intéressant de savoir sur quels critères le GAFI s'est basé pour exonérer le Panama du processus de surveillance rapproché. S'agit-il de critères formels et techniques ou bien de critères pratiques ? Comme c'est souvent le cas, le rapport n'est pas publiquement accessible et il n'est pas possible de comprendre les raisons ayant conduit le GAFI à libérer le Panama de ce processus. Il n'en reste pas moins que cette décision est propre à remettre en question les critères d'évaluation du GAFI.

Dans les années 2016 et 2017, la lutte contre le financement du terrorisme est restée une priorité du GAFI. Dans ce contexte, il publia un guide pratique<sup>237</sup> précisant les aspects que l'infraction de financement du terrorisme doit couvrir<sup>238</sup>. Par ailleurs, le GAFI révisa la note interprétative de la R. 7/2012 relative au financement de la prolifération des armes de destruction massive, afin d'y introduire les exigences découlant de la Résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies en la matière. Il publia en outre un nouveau guide sur les prestations de banque correspondante<sup>239</sup>.

En mai 2017, le GAFI organisa un forum *FinTech* et *RegTech* avec le secteur privé pour discuter des nouvelles technologies de paiement, des innovations en matière digitale ainsi que des monnaies virtuelles. La priorité du GAFI était de trouver le juste équilibre entre soutenir l'innovation et veiller à ce qu'elle ne contribue pas à faciliter des activités illégales. À l'issue des discussions, le GAFI adopta des Principes (*San Jose Principles*)<sup>240</sup>. À notre sens, ces principes sont de nature très générale et abstraite, de sorte qu'il s'agit plutôt d'un engagement politique que d'un véritable guide technique. À titre d'exemple, le Principe numéro deux préconise que «[...] *l'engagement du secteur privé et public ainsi que celui des principaux acteurs en matière d'innovations techniques est essentiel, afin de partager la compréhension des développements en la matière, d'identifier les difficultés pertinentes et faciliter la collaboration pour adresser les inquiétudes lorsqu'elles se présentent.*»<sup>241</sup>

Les nouvelles technologies et la lutte contre le financement du terrorisme continuèrent à préoccuper le GAFI en 2017 et 2018. Dans ce contexte, le président du GAFI participa en avril 2018 à une conférence internationale organisée par la France, conférence

<sup>236</sup> Cf. partie II, titre I, chapitre 2.12.

<sup>237</sup> Guidance on Criminalising Terrorist Financing, octobre 2016, Paris, in: Financial Action Task Force (FATF), (<https://www.fatf-gafi.org/home/>), consulter à ce titre: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-Criminalising-Terrorist-Financing.pdf> (22.11.2021).

<sup>238</sup> GAFI, Rapport annuel XXVIII, 2016-2017, p. 11.

<sup>239</sup> GAFI, Rapport annuel XXVIII, 2016-2017, p. 21 à 23.

<sup>240</sup> GAFI, Rapport annuel XXVIII, 2016-2017, p. 43 à 45.

<sup>241</sup> FATF, Guiding Principles, San Jose Principles, numéro 2, traduction de l'anglais; cf. GAFI, Rapport annuel XXVIII, 2016-2017, p. 45.

dédiée à la lutte contre le financement des groupes terroristes *Daesh* et *Al-Qaïda* et à la deuxième conférence en matière de *FinTech* et *RegTech*<sup>242</sup>. En mars 2018, les ministres du G20 et les gouverneurs des banques centrales publièrent un communiqué de presse exprimant leur soutien aux développements des standards du GAFI en matière de cryptomonnaies ainsi qu'à une adaptation des recommandations pour tenir compte de l'émergence des nouvelles formes de monnaies virtuelles. Cette attente du G20 démontre l'influence que ce groupement politique exerce sur le GAFI<sup>243</sup>.

En novembre 2017, le GAFI révisa la note interprétative de la R. 18/2012 et publia une directive<sup>244</sup> sur le partage d'informations entre les groupes financiers, ses filiales et ses succursales dans la perspective d'améliorer la gestion globale des risques, ce qui démontre l'importance de cette question au regard des récentes affaires de blanchiment d'argent liées à la corruption et exposées dans la deuxième partie de notre contribution<sup>245</sup>.

Sur demande du G20, le GAFI analysa les difficultés des prestataires de services de transfert de fonds d'accéder à des services bancaires et ce, en collaboration avec le Conseil de stabilité financière (CSF) et le *Global Partnership for Financial Inclusion*. Le groupe de travail arriva à deux conclusions principales: d'une part, les risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme étaient perçus comme étant élevés par les établissements bancaires, et, d'autre part, la surveillance exercée sur ces prestataires était insuffisante.

Au fil des années, le GAFI est devenu un organisme normatif à rayonnement international. La structure de *task force* ayant un mandat limité dans le temps, qui caractérisait le GAFI à son origine, n'était donc plus appropriée. Des réflexions furent donc menées pour prolonger de manière indéfinie le mandat du GAFI<sup>246</sup>. À notre sens, il est plutôt surprenant que ces réflexions aient été menées si tard. En effet, au vu de l'importance de cet organisme intergouvernemental, mais aussi des mesures coercitives prises par celui-ci, et dont l'impact est particulièrement important, il était grand temps que cette question soit abordée.

Dans les années 2018 et 2019, le GAFI a examiné les risques liés aux actifs virtuels (cryptomonnaies) et à ses prestataires<sup>247</sup>. Par ailleurs, il a modifié le glossaire, la R. 15/2012 ainsi que la note interprétative relative aux actifs virtuels et à ses prestataires (*Virtual assets and virtual asset service providers (VASPs)*). La notion des actifs

---

<sup>242</sup> GAFI, Rapport annuel XXIX, 2017-2018, p. 13 et 24.

<sup>243</sup> Cf. partie I, titre II, chapitre 3.5.

<sup>244</sup> Consolidated FATF standards on information sharing, relevant excerpts from the FATF Recommendations and Interpretative Notes, updated November 2017.

<sup>245</sup> Cf. partie II, titre I, chapitres 2.11 et 2.11.5.

<sup>246</sup> GAFI, Rapport annuel XXIX, 2017-2018, p. 7.

<sup>247</sup> GAFI, Rapport annuel XXX, 2018-2019, p. 6.



virtuels est large et comprend : « *For the purpose of applying the FATF Recommendations, countries should consider virtual assets as <property>, <proceeds>, <funds>, <funds or other assets>, or other <corresponding value.> Countries should apply the relevant measures under the FATF Recommendations to virtual assets and virtual asset service providers (VASPs).* »<sup>248</sup> Les États membres doivent désormais analyser et atténuer leurs risques en matière de cryptomonnaies et de VASPs. Ils doivent notamment prévoir un régime d'autorisation ou d'enregistrement étatique – à l'exclusion des organismes d'autorégulation (*self regulatory bodies [SRB]*). Cela comprend des mesures d'enforcement et des sanctions en cas de violation des obligations en la matière qui s'appliquent non seulement aux VASPs, mais également aux directeurs et au *senior management*<sup>249</sup>. En outre, le seuil pour les opérations occasionnelles a été fixé à 1000 EUR/USD en cas de transfert de cryptomonnaies entre une institution financière et un VASP ou entre deux VASPs. Enfin, les prérogatives de la R. 16/2012 en relation avec les transferts électroniques s'appliquent aux VASPs, en particulier les indications sur le donneur d'ordre et le bénéficiaire (*travel rule*)<sup>250</sup>. Toutefois, la R. 16/2012 prévoit que les virements vers et depuis des VASPs qui ne sont ni enregistrés ni surveillés par une autorité de surveillance (*non-custody wallet providers*) ne sont pas assujettis à cette règle. Dans ce type de relations, il suffit de demander les données à son propre client et de les conserver sans les transmettre<sup>251</sup>.

Les États membres peuvent décider d'interdire les activités liées aux actifs virtuels sur la base de leur propre évaluation des risques. Dans ce contexte, le GAFI a publié un guide d'orientation intitulé *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*. La nouvelle note interprétative exige que les États membres veillent à ce que les VASPs évaluent et atténuent leurs risques liés à leur activité et qu'ils respectent les obligations de diligence y relatives<sup>252</sup>. Le GAFI a décidé de faire une évaluation 12 mois après l'entrée en vigueur des dispositions, à savoir pour la première fois en juin 2020. Il a par ailleurs précisé que les *stablecoins*<sup>253</sup>

<sup>248</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version anglaise mise à jour en octobre 2021), note interprétative de la R. 15/2012, p. 76, par. 1.

<sup>249</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version anglaise mise à jour en octobre 2021), note interprétative de la R. 15/2012, p. 76 à 77, par. 2, 5 et 6.

<sup>250</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version anglaise mise à jour en octobre 2021), note interprétative de la R. 15/2012, p. 77, par. 7, let. a et b.

<sup>251</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version anglaise mise à jour en octobre 2021), note interprétative de la R. 15/2012, p. 77, par. 7b; Updated Guidance, Virtual assets and virtual asset service providers, 2021, par. 203.

<sup>252</sup> Public Statement on Virtual Assets and Related Providers, 21 juin 2019, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<[www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org)>); consulter à ce titre : <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/public-statement-virtual-assets.html>> (22.11.2021).

<sup>253</sup> Le GAFI définit les *stablecoins* comme étant « [...] *So-called stablecoins are virtual assets marketed as being backed by a reserved asset and thus offering price stability, a feature which could make them more attractive than regular <virtual assets>. As their name implies, the key*

et ses prestataires sont aussi assujettis aux standards du GAFI tout comme les VASPs. Dans ce contexte, le GAFI a retenu que les *stablecoins* présentent des risques de blanchiment d'argent similaires aux VASPs. Les *stablecoins* permettent d'effectuer des transactions anonymes moyennant des *unhosted wallets*. Ce risque pourrait davantage augmenter du fait de l'adoption en masse des *stablecoins*, en particulier par des grandes entreprises cherchant à les intégrer dans des plateformes accessibles au public<sup>254</sup>. À propos de la catégorisation des *stablecoins* selon le droit suisse, la FINMA a publié un complément à son guide sur les *Initial Coin Offerings* (ICO) confirmant que le traitement prudentiel des *stablecoins* poursuit l'approche appliquée jusqu'ici dans ce domaine, qui met l'accent sur la fonction économique et le but visé par un jeton (*substance over form*). Or, la structure concrète des *stablecoins* diffère selon le type d'actifs auxquels est adossé le jeton (par exemple monnaies, matières premières, immeubles ou valeurs mobilières). De plus, selon les droits conférés au détenteur du jeton, différentes exigences prudentielles peuvent s'imposer<sup>255</sup>.

Puisque le GAFI a exclu les virements vers et depuis des portefeuilles non assujettis (*non-custody wallet providers*) de la R. 15/2012, la *blockchain* contiendra des portefeuilles qui ne seront pas identifiables. Par ailleurs, un prestataire de services de paiement ne peut pas facilement déterminer si la contrepartie est assujettie ou pas, et il peut de ce fait déroger à l'obligation de transmettre les données. Les informations sur la contrepartie ne peuvent pas être vérifiées, de sorte que les transactions interdites par des sanctions internationales peuvent toujours être effectuées. Le client peut aussi inventer des données parce qu'il ne dispose pas d'informations correctes sur la contrepartie. À cela s'ajoute le fait qu'à l'heure actuelle il n'existe aucun système comparable à SWIFT<sup>256</sup> pour les versements interbancaires, permettant de transmettre de manière fiable des données d'identification relatives au trafic de paiements sur la *blockchain*<sup>257</sup>. Selon un communiqué de presse paru à la fin octobre 2021, le prestataire de *stablecoins* Tether envisage de tester un système lui permettant de transmettre de manière automatisée les données relatives aux donneurs d'ordre et aux bénéfici-

---

*distinguishing feature of so-called stablecoins is that their value is meant to be stable relative to that of an underlying asset or benchmark [...]»*; Cf. GAFI, Rapport annuel XXXI, 2019-2020, p. 14.

<sup>254</sup> GAFI, Rapport annuel XXXI, 2019-2020, p. 14.

<sup>255</sup> FINMA, Complément au guide pratique pour les questions d'assujettissement concernant les *Initial Coin Offerings* (ICO), 11 septembre 2019, p. 2, in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<https://www.finma.ch/>); consulter à ce titre: <https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitung-stable-coins.pdf?la=fr> (22. 11. 2021).

<sup>256</sup> SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications*) est un réseau de télécommunication financier bancaire, utilisé dans le cadre de paiements électroniques, servant aux échanges interbancaires au niveau mondial.

<sup>257</sup> Communication FINMA sur la surveillance 02/2019, Trafic des paiements sur la blockchain, 26 août 2019, p. 3.

ciaires de cryptomonnaies entre les prestataires de services d'actifs virtuels (VASPs)<sup>258</sup>.

En Suisse, l'art. 10 OBA-FINMA en matière de virements électroniques est applicable *mutatis mutandis* aux cryptomonnaies. En effet, lors d'un ordre de virement, les données relatives au donneur d'ordre et au bénéficiaire doivent être transmises (*travel rule*). L'intermédiaire financier qui reçoit le virement a ensuite la possibilité de vérifier si le nom de l'expéditeur est par exemple inscrit sur une liste de sanctions. Il peut également contrôler si les données du bénéficiaire sont correctes ou, dans le cas où elles ne correspondraient pas, s'il doit retourner le paiement à l'expéditeur. Cette disposition doit être interprétée de manière neutre à l'égard de la technologie utilisée et s'applique donc également aux paiements sur la *blockchain*. Contrairement aux standards du GAFI, l'art. 10 OBA-FINMA ne prévoit aucune exception pour les paiements impliquant des portefeuilles qui ne sont pas exploités par des prestataires assujettis à sa surveillance (*non-custody wallet providers*). Ainsi, les établissements assujettis à la surveillance de la FINMA peuvent envoyer des cryptomonnaies ou autres jetons uniquement à des portefeuilles (*wallets*) externes appartenant à leurs propres clients, déjà identifiés, et uniquement accepter des cryptomonnaies ou des jetons provenant de tels portefeuilles. Cette règle est applicable aussi longtemps qu'un système équivalent à SWIFT n'existe pas.<sup>259</sup> L'approche helvétique (*travel rule*) a été reconnue comme étant un exemple à suivre au niveau international<sup>260</sup>. Enfin, le GAFI a pris la décision de modifier le standard relatif au financement de la prolifération des armes de destruction massive et d'introduire des nouvelles obligations en la matière. Ces nouvelles mesures exigent des pays et des entités du secteur privé qu'ils identifient et évaluent les risques de violation, de non-application ou de contournement des sanctions financières ciblées dans ce domaine<sup>261</sup>.

Lors de la séance plénière de février 2020, le GAFI a décidé d'appeler ses États membres à adopter des contre-mesures<sup>262</sup> à l'encontre de l'Iran. Ces contre-mesures avaient été suspendues en 2016 suite au plan d'action que l'Iran avait convenu avec le GAFI. Le plan d'action a expiré en février 2018 et l'Iran n'a pas mis en œuvre les résolutions convenues. Les contre-mesures répondent à l'absence de ratification par

<sup>258</sup> Bitcoin.com, «Tether Trials Solution to Comply With FATF Travel Rule», Sergio Goschenko, 27 octobre 2021, in: Bitcoin.com (<<https://news.bitcoin.com/>>), consulter à ce titre: <<https://news.bitcoin.com/tether-trials-solution-to-comply-with-fatf-travel-rule/>> (22.11.2021).

<sup>259</sup> Communication FINMA sur la surveillance 02/2019, Trafic des paiements sur la blockchain, 26 août 2019, p. 2 à 4.

<sup>260</sup> «Inside the Standards Race for Implementing FATF's Travel Rule», Ian Allison, mis à jour, le 4 février 2020; in: Coindesk, (<[www.coindesk.com](http://www.coindesk.com)>); consulter à ce titre: <<https://www.coindesk.com/business/2020/02/04/inside-the-standards-race-for-implementing-fatfs-travel-rule/>> (22.11.2021).

<sup>261</sup> GAFI, Rapport annuel XXXI, 2019-2020, p. 27.

<sup>262</sup> À ce propos le lecteur est renvoyé à la partie I, titre II, chapitre 3.2.

l'Iran de la Convention de Palerme et de la Convention des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme et des attentats terroristes à l'explosif<sup>263</sup>. En outre, le GAFI a lancé un nouveau groupe de travail composé de collaborateurs du secrétariat et des représentants des États membres, afin d'améliorer le processus et ainsi l'efficacité des évaluations mutuelles<sup>264</sup>. Par ailleurs, il a réalisé un sondage, pour vérifier quelles juridictions ont mis en œuvre la nouvelle R. 15/2012 relative aux VASPs. Le rapport publié en juillet 2020 a démontré que, parmi les 54 juridictions ayant participé au sondage, seuls 32 pays ont mis en œuvre le nouveau standard dans leur droit interne, parmi lesquelles trois ont interdit les VASPs<sup>265</sup>. Ainsi, de nombreuses juridictions n'ont pas encore réglementé les VASPs. Par ailleurs, on ignore si les 150 juridictions n'ayant pas participé au sondage ont mis en œuvre le standard révisé ou pas, ce qui relativise fortement la portée universelle de ce nouveau standard<sup>266</sup>. Cela augmente considérablement les risques que les prestataires de cryptomonnaies non-réglés soient utilisés pour blanchir de l'argent ou pour financer des actes terroristes. Fort de ce constat, le GAFI a décidé d'effectuer un deuxième sondage au second semestre de 2021 et de mettre à jour ses lignes directrices en la matière<sup>267</sup>. Lors de la séance plénière de février 2021, l'accent a été mis sur l'identification des bénéficiaires effectifs, attendu que les criminels parviennent à dissimuler leurs avoirs en ayant recours à des structures juridiques anonymes et toujours plus complexes<sup>268</sup>. Selon le deuxième sondage publié par le GAFI en juin 2021, le nombre de pays ayant mis en œuvre les standards sur les actifs virtuels est passé de 32 à 58, parmi lesquels six ont interdit les transactions avec ces derniers<sup>269</sup>. Ce sondage démontre que des nombreux pays n'ont toujours pas mis en œuvre les standards du GAFI et que des importantes lacunes demeurent dans ce domaine. S'agissant de la transparence des personnes morales, le GAFI est en train de réviser la R. 24/2012 et sa note interprétative. Ce projet

---

<sup>263</sup> GAFI, Rapport annuel XXXI, 2019-2020, p. 39.

<sup>264</sup> GAFI, Rapport annuel XXXI, 2019-2020, p. 11 et 12.

<sup>265</sup> FATF, 12-month review of the revised FATF Standards on virtual assets and virtual asset service providers, juin 2020, p. 2, par. 2, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<[www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org)>); consulter à ce titre: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/12-Month-Review-Revised-FATF-Standards-Virtual-Assets-VASPS.pdf>> (22.11.2021).

<sup>266</sup> Les recommandations du GAFI ont été adoptées par 205 juridictions et pays dans le monde entier. Parmi ces juridictions seulement 54 pays ont participé au sondage mené par le GAFI sur la mise en œuvre de la nouvelle R. 15/2012 relative aux VASPs.

<sup>267</sup> GAFI, Rapport annuel XXXI, 2019-2020, p. 14.

<sup>268</sup> Outcomes FATF Plenary, 22, 24 and 25 February 2021, 25 février 2021, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<[www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org)>); consulter à ce titre: <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/outcomes-fatf-plenary-february-2021.html>> (22.11.2021).

<sup>269</sup> Second 12-Month Review of the revised FATF Standards on virtual assets and virtual asset service providers, juillet 2021, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<[www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org)>); consulter à ce titre: <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Second-12-Month-Review-Revised-FATF-Standards-Virtual-Assets-VASPS.pdf>> (22.11.2021).

de révision prévoit une approche incluant plusieurs aspects (*multi-pronged approach*) comprenant notamment l'introduction d'un registre central afin de pouvoir collecter et échanger des informations actualisées sur les ayants droits économiques des personnes morales. Les pays doivent également comprendre et gérer les risques liés à tous les types de personnes morales<sup>270</sup>.

---

<sup>270</sup> GAFI, Rapport annuel XXXII, 2020-2021, p. 30.



## II Portée et limites des recommandations du GAFI

### 3. Introduction et délimitations

Les risques économiques et juridiques du blanchiment d'argent ne sont pas limités aux marchés nationaux mais ont une dimension transnationale. Par ailleurs, la standardisation des règles pour lutter contre le blanchiment d'argent et leur implémentation dans le droit national pousse les criminels à trouver de nouvelles solutions pour échapper aux règles existantes et maximiser leurs profits. Les techniques de blanchiment d'argent évoluent de manière constante et n'ont pas cessé de s'améliorer au fil des années. Des études ont démontré que l'inaction des gouvernements empêche une coopération et la mise en place d'un cadre réglementaire effectif sur le plan international, notamment dans les secteurs financiers et judiciaires, favorisant ainsi les risques de propagation du blanchiment d'argent à un niveau mondial. Pour procéder à leurs opérations, les blanchisseurs ne choisissent pas seulement les marchés les plus rentables, mais aussi les marchés les plus sûrs pour leurs investissements<sup>271</sup>.

La réglementation des marchés financiers s'effectue à un niveau national et constitue de ce fait une source potentiellement majeure d'instabilité pour les marchés internationaux<sup>272</sup>. À titre d'exemple, la crise financière de 2008, caractérisée par des pertes importantes d'établissements bancaires sur des prêts hypothécaires aux États-Unis, a eu un retentissement international. Par conséquent, l'élaboration d'un corps de règles pertinent ne peut plus se faire à un niveau national, car la globalisation des marchés exige une harmonisation ainsi que des règles applicables à l'échelon national qui soient comparables<sup>273</sup>. Dans ce contexte, il est important de prévoir des mesures réalisables à un niveau international<sup>274</sup>. Il convient donc de rechercher des standards ayant une applicabilité universelle. Autrement dit, les standards minimaux instaurés par les orga-

---

<sup>271</sup> ROMANO, *Defeating the Hydra*, p. 285 et les références citées.

<sup>272</sup> ROTH, *Soft Law – Ordnungsvisionen im flux*, p. 41, chap. 4.3

<sup>273</sup> NOBEL, *Wieviel Regulierung – wieviel globale Standards?*, p. 69.

<sup>274</sup> ROTH, *Soft Law – Ordnungsvisionen im flux*, p. 41, chap. 4.3.

nismes internationaux devraient assurer que les États membres soient mis sur un pied d'égalité (*level playing field*)<sup>275</sup> selon l'adage *same business, same risks, same rules*<sup>276</sup> et empêcher ainsi un avantage concurrentiel entre les places financières au niveau réglementaire. Pour qu'une transposition des standards internationaux dans le droit interne soit possible, il est nécessaire de tenir compte au mieux des réalités de chaque pays. Les recommandations du GAFI remplissent-elles ces impératifs ?

Aussi, il ne suffit pas d'avoir des standards internationaux ayant une applicabilité universelle si l'on ne dispose pas d'un mécanisme de contrôle et de suivi pour mesurer le degré de leur mise en œuvre. Les organismes internationaux et d'autres acteurs globaux font de plus en plus recours à l'examen par les pairs (*peer review*). Selon le concept de base de ce processus, une équipe composée de représentants d'autres États – les pairs – procède à l'évaluation du cadre législatif<sup>277</sup>. Ce mécanisme soulève notamment des questions d'égalité de traitement entre les pays quant à la mise en œuvre des recommandations du GAFI, questions que nous analyserons dans les chapitres suivants.

### 3.1 Le but des recommandations du GAFI

À la fin des années quatre-vingt, le but des recommandations du GAFI était de lutter contre le trafic de stupéfiants qui avait atteint des dimensions inquiétantes à un niveau mondial. Au fil de années, les recommandations du GAFI ont été continuellement élargies pour tenir notamment compte de nouvelles menaces et activités, telles que les attaques terroristes perpétrées aux États-Unis en 2001 ou les risques liés à des activités exercées par des professionnels non financiers. À titre d'exemple, on peut mentionner les activités des avocats, des notaires, des agents immobiliers ou récemment celles des prestataires de cryptomonnaies et de *stablecoins*.

En résumé, les buts poursuivis par le GAFI s'adaptent constamment aux nouvelles menaces et aux développements technologiques. Nous sommes donc en présence d'un processus réglementaire dynamique, couvrant de plus en plus de secteurs et engendrant ainsi une augmentation de la densité normative des législations nationales des États membres.

#### 3.1.1 Renforcer la lutte contre le blanchiment d'argent au niveau international

Devant l'habileté, la créativité et la flexibilité des organisations criminelles, les mesures de lutte nationales contre le blanchiment d'argent sont certes une nécessité incontournable, mais elles demeurent insuffisantes. Une coordination internationale est

---

<sup>275</sup> Être sur un pied d'égalité, avoir les mêmes chances de succéder, assurer une égalité concurrentielle entre les places financières et les intermédiaires financiers.

<sup>276</sup> ZUBERBÜHLER, Finanzmarktregulierung und kein Ende?, p. 290.

<sup>277</sup> HÄNNI, L'examen par les pairs en droit international: quelle légitimité procédurale?, p. 453.



indispensable pour que le risque de confiscation des valeurs patrimoniales illégales soit suffisamment réel pour dissuader les criminels d'exploiter les rouages du système financier mondial<sup>278</sup>.

En conséquence, la transposition des standards internationaux dans le droit interne peut favoriser la coopération entre les pays. Néanmoins, une telle intégration entraîne automatiquement un partage de la souveraineté étatique avec d'autres acteurs opérant à une échelle supra- ou transnationale<sup>279</sup>. Selon CASSANI, le poids des acteurs dans le processus de définition des normes est inégal. À titre d'exemple, on peut relever l'influence prédominante des États-Unis lors de la création du GAFI et dans la lutte contre le terrorisme après les attentats de 2001. Cependant, on constate un transfert de pouvoir encore plus frappant à l'examen du rôle des experts des États membres dans le processus de définition des normes sur le plan international. Cette évolution dénote un déficit démocratique, puisque les normes internationales sont adoptées par les représentants des gouvernements sans passer par un processus législatif national. Il s'ensuit que les experts des administrations confèrent aux règles élaborées une légitimité fondée sur la maîtrise technique. Néanmoins, la prétention à l'universalité des principes décidés par les États les plus riches n'est pas sans susciter de questions<sup>280</sup>. Ce constat paraît particulièrement évident dans les projets législatifs qui invoquent la conformité aux exigences du GAFI comme étant la principale raison de la révision<sup>281</sup>. À titre d'exemple, le Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la LBA cite à maintes reprises le GAFI comme étant le moteur des principales modifications législatives<sup>282</sup>.

Les États moins développés ne disposent pas de la même expertise et n'ont pas le même poids dans le processus décisionnel du GAFI, sauf en cas d'alliance avec d'autres États. Dès lors, les standards internationaux manquent de légitimité démocratique, car ils ne sont ni adoptés par un législateur souverain, ni approuvés par un parlement représentatif<sup>283</sup>. Par ailleurs, il y a lieu de remettre en question leur légitimité, dans la mesure où les puissances économiques les plus importantes déterminent majoritairement les objectifs<sup>284</sup>. Toutefois, nous concordons avec CASSANI sur le fait que

<sup>278</sup> GILMORE, *L'argent sale*, p. 255.

<sup>279</sup> Cf. CASSANI, *L'internalisation du droit pénal économique*, p. 237, qui mentionne l'internationalisation du droit pénal économique; ROTH, *Soft Law – Ordnungsvisionen im flux*, p. 76 à 77, chap. 7.2.1, qui décrit la *soft law* comme un moteur pouvant faire évoluer le droit, mais entraînant « une perte permanente de la souveraineté » des États nationaux.

<sup>280</sup> CASSANI, *L'internalisation du droit pénal économique*, p. 238 à 239; dans le même sens WEISSER, *Expertokratie? Über Macht und Ohnmacht von Experten*, p. 967.

<sup>281</sup> Cf. WEISSER, *Expertokratie? Über Macht und Ohnmacht von Experten*, p. 968.

<sup>282</sup> Message du 26 juin 2019 concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF 2019 5237, p. 5238, 5244.

<sup>283</sup> BRÄNDLI, *Internationale Standards*, p. 29, par. 8.

<sup>284</sup> BRÄNDLI, *Internationale Standards*, p. 49, par. 64.

«[...] *Le «déficit démocratique» de ces règles, souvent invoqué, est en partie réparé du fait qu'elles sont acceptées par les États et que leur transposition dans le droit national offre au législateur démocratiquement légitimé l'occasion de se prononcer sur le bien-fondé des normes internationales et des choix de politique criminelle qui en découlent [...]*»<sup>285</sup>.

### 3.1.2 *Standard minimal*

Un des objectifs des standards internationaux est l'harmonisation de règles et l'élaboration de modèles ou d'indices de référence (*benchmark*)<sup>286</sup>. Dans cette optique, les recommandations du GAFI fixent un standard minimal, afin d'assurer un terrain de jeu égal entre les États membres et d'obtenir une harmonisation des règles applicables au niveau international. Les États membres peuvent déroger au standard minimal en prévoyant des règles plus strictes s'ils le souhaitent, mais pas des règles moins sévères. Chaque recommandation prévoit dans ses notes interprétatives des critères d'évaluation pour mesurer le degré de la mise en œuvre des règles. Cette forme de réglementation a l'avantage d'être souple, par opposition au processus législatif traditionnel, et permet de réagir rapidement à d'éventuels changements tout en favorisant une action coordonnée au niveau international.

Comme le souligne NOBEL, les objectifs posés par les standards internationaux peuvent être atteints de différentes façons. Par conséquent, on peut raisonnablement admettre que leur mise en œuvre peut différer d'un État à l'autre. Cependant, chaque participant aux marchés financiers doit être en mesure de répondre aux exigences minimales posées par des normes internationalement reconnues<sup>287</sup>.

En Suisse, l'art. 7, al. 2, let. d, LFINMA, dispose que la FINMA doit tenir compte des standards internationaux minimaux dans le cadre de ses travaux de réglementation<sup>288</sup>. Par ailleurs, la Suisse participe activement à l'évolution de nouveaux standards internationaux et apporte un savoir technique important aux différentes organisations internationales. Cela comporte l'avantage de participer *de lege ferenda* à l'élaboration de normes internationales et de pouvoir participer, au moins partiellement, à leur détermination. Finalement, l'Union européenne participe activement au développement des standards internationaux, adapte ses directives en conséquence et évalue périodiquement si les pays tiers, comme la Suisse, respectent celles-ci<sup>289</sup>. Compte tenu de l'importance des marchés européens pour la Suisse, la transposition dans le droit interne de standards minimaux internationaux est incontournable.

---

<sup>285</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 240.

<sup>286</sup> ROTH, Soft Law – Ordnungsvisionen im flux, p. 92, chap. 8.2.

<sup>287</sup> NOBEL, Internationale Standards, p. 879.

<sup>288</sup> BRÄNDLI, Internationale Standards, p. 39, par. 37.

<sup>289</sup> BRÄNDLI, Internationale Standards, p. 31, par. 31.

### 3.1.3 Universalité

La globalisation des marchés financiers et la mobilité des personnes, des biens et des capitaux contribuent à la diffusion d'activités illégales<sup>290</sup>. Dans ce contexte, la lutte contre le blanchiment d'argent et le crime organisé ne peut porter ses fruits que si les standards minimaux sont mis en œuvre de manière uniforme par les États. Cette nécessité est particulièrement visible lorsque des affaires de blanchiment d'argent d'envergure internationale affectent des établissements financiers dans plusieurs pays. Par ailleurs, si des standards font défaut, les législateurs et les autorités de surveillance nationales pourraient alléger leur cadre réglementaire (*race to the bottom*) et amoindrir leurs exigences en matière de surveillance des marchés financiers<sup>291</sup>. Dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, il est fondamental d'échanger des informations afin de pouvoir suivre les flux monétaires à un niveau mondial<sup>292</sup>. Pour atteindre cet objectif et éviter que les États choisissent une juridiction moins réglementée (*shopping de juridiction*), il est primordial que tant les pays que les institutions financières soient mis sur un pied d'égalité (*level playing field*). Face à ce constat, comment assurer une mise en œuvre universelle des recommandations du GAFI ?

Selon NOBEL, si les standards internationaux devraient fixer les objectifs à atteindre, c'est aux États qu'il reviendrait de décider des moyens à déployer pour leur mise en œuvre. Néanmoins, les standards doivent faire preuve d'un certain degré de précision pour ne pas compromettre les objectifs à atteindre et éviter une trop grande disparité dans leur transposition dans le droit national<sup>293</sup>. Suivant la même approche, ZUBERBÜHLER considère que les standards doivent servir de lignes directrices mais ne doivent pas nécessairement être appliqués rigoureusement. Ils doivent laisser subsister une marge de manœuvre afin de tenir notamment compte de l'activité exercée, de l'importance stratégique ainsi que des intérêts, des priorités et des particularités des États nationaux souverains<sup>294</sup>. Selon BRÄNDLI, les États disposent (encore) d'une grande flexibilité pour la mise en œuvre des normes internationales. Cet auteur considère que, de manière générale, les standards internationaux ne doivent pas être conçus comme un carcan réglementaire, afin de permettre aux législateurs nationaux d'avoir une certaine marge de manœuvre pour transposer des normes internationales dans le droit interne, tout en respectant les traditions et les systèmes juridiques nationaux. En re-

<sup>290</sup> ROTH, *Soft Law – Ordnungsvisionen im flux*, p. 43, chap. 4.3.

<sup>291</sup> BARTHOLET, *Internationale Konvergenz in der Finanzmarktregulierung*, p. 91, N 20.

<sup>292</sup> PIETH/AIOLFI, *Anti-Money Laundering: Levelling the Playing Field*, Introduction, p. 7.

<sup>293</sup> NOBEL, *Internationale Standards*, p. 873. L'auteur souligne que les Directives de l'UE peuvent être comparées aux standards internationaux, dans la mesure où ces dernières lient les États membres uniquement quant au résultat à atteindre, mais qu'elles leur laissent le choix de la forme et des moyens à adopter pour réaliser les objectifs. Toutefois, dans certains cas, un certain degré de détail est nécessaire.

<sup>294</sup> ZUBERBÜHLER, *Finanzmarktregulierung und kein Ende?*, p. 291.

vanche, dans certains autres domaines, notamment en ce qui concerne les recommandations du GAFI, les standards prennent la forme de règles toujours plus précises et ciblées. Cette évolution est dans l'ordre des choses, puisque ces standards font l'objet de révisions régulières pour combler systématiquement leurs lacunes. Il s'agit d'une caractéristique inhérente à la réglementation codifiée qui existe, notamment, dans d'autres secteurs à évolution rapide réglementés par les États nationaux<sup>295</sup>.

Les recommandations du GAFI laissent-elles réellement subsister une marge de manœuvre suffisante pour leur mise en œuvre dans le droit interne? On constate en effet que les notes interprétatives accompagnant les recommandations du GAFI sont de plus en plus détaillées<sup>296</sup> et atteignent une densité normative qui réduit la marge de manœuvre laissée aux États membres. Néanmoins, l'approche basée sur les risques prônés par le GAFI depuis 2012 doit en principe laisser aux États membres une certaine latitude pour déterminer et évaluer les risques auxquels ils sont exposés et décider de l'étendue des mesures réglementaires qu'ils souhaitent appliquer.

La R. 20/2003 relative aux professions non financières est un exemple frappant de la tendance du GAFI à préciser toujours plus ses recommandations. Ainsi, en 2003 le GAFI n'imposait pas aux États membres d'appliquer des obligations de diligence aux professionnels exerçant des activités non financières, mais les invitait à envisager d'appliquer ses recommandations en présence d'un risque<sup>297</sup>. Aujourd'hui, les professions non financières ont été intégrées dans les R. 22 et 23/2012. Ces recommandations contiennent une liste détaillée des activités non financières auxquelles les obligations de diligence doivent s'appliquer<sup>298</sup>. Les notes interprétatives y relatives ne laissent subsister qu'une faible marge de manœuvre pour leur mise en œuvre et ne laissent pas suffisamment de place à une approche basée sur les risques<sup>299</sup>. Cependant, la méthodologie du GAFI prévoit qu'en cas de faible risque de blanchiment d'argent les pays peuvent décider de ne pas appliquer certaines recommandations du GAFI, à condition de prouver aux évaluateurs que ce risque est faible<sup>300</sup>. Or, cette preuve peut se révéler difficile à apporter dans la pratique.

---

<sup>295</sup> BRÄNDLI, *Internationale Standards*, p. 33, par. 18 à 19, p. 34, par. 20.

<sup>296</sup> À titre d'exemple, on peut mentionner la R. 32/2012 et la note interprétative y afférente qui ont été considérablement étendues depuis leurs premières versions de 2003 et qui contiennent désormais des consignes très détaillées y compris des indications sur les seuils maximums applicables.

<sup>297</sup> Les recommandations du GAFI, 2003, R. 20/2003, p. 10; dans le même sens, CASSANI, *L'internationalisation du droit pénal économique*, p. 365.

<sup>298</sup> *Méthodologie du GAFI*, 2013 (mise à jour en novembre 2020), R. 22/2012, p. 71 à 72 et R. 23/2012, p. 73.

<sup>299</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version anglaise mise à jour en octobre 2021), note interprétative de la R. 22/2012 et R. 23/2012 (entreprises et professions non financières désignées), p. 89 à 90.

### 3.1.4 *Level playing field*

S'agissant de la mise en œuvre des objectifs visés par les recommandations du GAFI, CASSANI relève qu'aucun pays n'est parvenu à atteindre entièrement les buts formulés. Il s'agit donc d'idéaux que même *les meilleurs élèves de la classe* ne parviennent pas complètement à accomplir<sup>301</sup>. Dans ce contexte, CASSANI relève que «[...] *le produit de l'élaboration normative est souvent obscur: les recommandations laissent subsister des incertitudes sur bien des points que les notes interprétatives ne parviennent pas toujours à clarifier. Pour en comprendre la portée, il faudrait consulter les rapports d'évaluation mutuelle des différents pays, qui font figure de «jurisprudence» mais représentent à l'heure actuelle une masse ingérable de documents [...]*»<sup>302</sup> Nous partageons l'avis de cet auteur, dans la mesure où l'analyse des notes interprétatives relatives aux recommandations n'est pas suffisante et qu'il est nécessaire d'étudier les rapports des évaluations mutuelles pour comprendre la portée des recommandations du GAFI. Toutefois, ces rapports sont très volumineux et comptent selon les pays évalués entre 200 et 300 pages chacun.

Selon HÄNNI, l'examen par les pairs, qui implique nécessairement un effort d'interprétation et d'explication peut également être considéré comme un processus de création du droit<sup>303</sup>. Bien que les recommandations du GAFI soient dotées de notes interprétatives, elles laissent bien des questions en suspens. Ces lacunes peuvent inciter les évaluateurs à procéder, comme le décrit HÄNNI, à la création de règles qui sont problématiques, du moment où elles ne sont pas appliquées de manière homogène et que leur interprétation varie d'un pays à l'autre. Bien que ces rapports fassent l'objet de vérifications par le secrétariat du GAFI, les États membres ainsi que les experts externes d'organisations membres du GAFI<sup>304</sup>, les évaluateurs gardent le dernier mot et ne sont pas obligés de reprendre les modifications proposées.

La R. 10/2012 illustre l'interprétation divergente d'une recommandation et de sa note interprétative. Elle prévoit que les institutions financières devraient «*Identifier le bénéficiaire effectif et prendre des mesures raisonnables pour vérifier son identité de sorte que l'institution financière a l'assurance de savoir qui est le bénéficiaire effectif [...]*»<sup>305</sup> Or, le critère 10.5 de la note interprétative y relative prévoit que «*Les institutions financières devraient être obligées d'identifier le bénéficiaire effectif et de prendre des mesures raisonnables pour vérifier son identité à l'aide des informations ou données pertinentes obtenues d'une source fiable, de sorte que l'institution financière*

<sup>300</sup> Méthodologie du GAFI, 2013 (mise à jour en novembre 2020), exemptions des situations à faible risque, p. 10, par. 20.

<sup>301</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 236.

<sup>302</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 239.

<sup>303</sup> HÄNNI, L'examen par les pairs en droit international: quelle légitimité procédurale?, p. 460.

<sup>304</sup> GAFI, Rapport annuel XXXI, 2019-2020, p. 46.

<sup>305</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version française), R. 10/2012, p. 13, par. 10, let. b.

a l'assurance qu'elle sait qui est le bénéficiaire effectif.»<sup>306</sup> Dans le cas de la Suisse, les évaluateurs sont arrivés à la conclusion que la seule obligation de remplir un formulaire A ne permettait pas de se conformer au critère 10.5, dans la mesure où cela ne permettait pas systématiquement de vérifier le statut de l'ayant droit économique. Pourtant, l'établissement d'un faux formulaire A est passible d'une peine privative de liberté de 5 ans ou plus selon l'art. 251 CP<sup>307</sup>. Or, aussi bien la R. 10/2012 que le critère 10.5 de sa note interprétative prévoient qu'il faut *vérifier l'identité de l'ayant droit économique* et non pas *vérifier son statut*. Dès lors, on peine à comprendre l'interprétation des évaluateurs du GAFI qui diffère du texte original. C'est d'autant plus surprenant que, lors de la dernière évaluation de la Suisse en 2003, ce même point n'avait suscité aucune critique<sup>308</sup>.

Ces différences d'interprétation sont particulièrement manifestes au regard de l'évaluation de suivi des États-Unis en février 2020. Les évaluateurs du GAFI ont en effet considéré, en s'appuyant notamment sur les conclusions des États-Unis dans le cadre de leur évaluation nationale des risques, que les insuffisances du critère 10.5 étaient mineures du fait notamment des mesures d'atténuation des risques. Dans le cas des

---

<sup>306</sup> Méthodologie du GAFI, 2013 (mise à jour en novembre 2020), critère 10.5, p. 46.

<sup>307</sup> Dans le rapport d'évaluation de la Suisse, le GAFI précise: «*Il n'existe pas d'obligation générale pour les intermédiaires financiers de mettre en œuvre des mesures raisonnables [...] pour vérifier la déclaration écrite relative aux ayants droit économiques* [caractères gras ajoutés]. Selon les autorités suisses, cette déclaration constitue en elle-même une mesure raisonnable et un moyen de vérification fiable, d'autant qu'elle revêt un caractère pénal et que l'établissement d'un faux est passible d'une peine privative de liberté de 5 ans ou plus (art. 251 CP). Les autorités suisses indiquent en outre que l'intermédiaire financier est tenu de définir le profil du client (art. 6 LBA et 13 OBA-FINMA) et devra à cette occasion procéder à une vérification matérielle concernant l'information sur l'ADE. Elles ajoutent qu'il ressort de l'art. 305<sup>ter</sup> CP que l'intermédiaire financier a l'obligation de procéder à la vérification de l'identité de l'ayant droit économique. Pour les évaluateurs, si l'existence de cette sanction peut impliquer une obligation de vérifier l'identité de la personne désignée comme ayant droit économique, elle ne s'étend pas de manière systématique à la vérification du statut d'ayant droit économique de la personne désignée, ce qui est une exigence du critère. **Des mesures de vérification peuvent [...] être envisagées, mais pas de manière systématique** [caractères gras ajoutés]: en présence d'une situation de risque accru qui doit conduire les intermédiaires financiers à mener des clarifications complémentaires, dont l'étendue est fonction du risque que représente le client et peut inclure des recherches sur le contenu de la déclaration (art. 6, al. 2, let c, LBA et 16 OBA-FINMA). [...] **Il n'existe pas d'obligation générale et systématique de prendre des mesures raisonnables pour vérifier l'identité des bénéficiaires effectifs des clients** [caractères gras ajoutés].»; cf. 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2016, Annexe sur la conformité technique, critère 10.5, p. 195.

<sup>308</sup> CASSANI précise que «[...] la R. 5 let. b GAFI 2003 évoque le devoir d'identifier le bénéficiaire effectif et de prendre des mesures raisonnables pour vérifier cette identité, sans que la portée exacte de cette exigence, notamment quant à la vérification de documents d'identité, ne soit précisée. Les experts ne critiquent pas le système suisse sur ce point, confirmant par là que les exigences internationales ne sont pas très élevées [...]»; cf. CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 367.

*Money Services Businesses*, les mesures d'atténuation des risques comprennent principalement la soumission de nombreuses communications de soupçons. Or, les *Money Services Businesses* font partie de la catégorie des *Money or Value Transfer Services* qui sont particulièrement vulnérables aux risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme et incluent aussi les prestataires de cryptomonnaies. Les *Money or Value Transfer Services* sont en principe considérés à haut risque, même si, selon le GAFI, des mesures d'atténuation, peuvent réduire les risques globaux<sup>309</sup>. Toutefois, *in casu*, on peine à comprendre la décision du GAFI, étant donné que les risques inhérents à l'activité exercée par ces prestataires de services ne sont pas réduits dans le cas des États-Unis. En effet, les *Money Businesses Services* ne doivent pas vérifier l'identité des clients en cas de transactions ponctuelles jusqu'à 3000 USD<sup>310</sup>. De manière générale, ils ne vérifient pas l'identité des ayants droit économiques. Pour toutes les autres institutions financières assujetties, la vérification de l'identité des ayants droit économiques à l'égard de personnes physiques ou morales se fait dans la mesure du possible, ce qui pourrait impliquer qu'elle n'est pas systématique<sup>311</sup>. Enfin, et même si des insuffisances importantes persistent, car de nombreux critères de la R. 10/2012 qui avaient été jugés insuffisants en 2016<sup>312</sup> n'ont pas été améliorés, la notation globale de la recommandation a été rehaussée par le GAFI. Par conséquent, les États-Unis remplissent depuis février 2020 *en grande partie* les exigences de la R. 10/2012.

À notre sens, les évaluations mutuelles effectuées par les pairs avec la participation du secrétariat du GAFI devraient être un important instrument pour assurer un *level playing field* entre les États membres. Toutefois, des différences d'interprétation d'un même standard entre plusieurs pays peuvent nuire à la crédibilité du GAFI, et sont propres à entraver la mise en œuvre universelle de ses recommandations. Par ailleurs, les pays ne sont pas tous évalués sur la base des mêmes critères. Enfin, il importe que les recommandations du GAFI soient mises en œuvre par les États membres dans un laps de temps raisonnable afin d'éviter des désavantages en termes de compétitivité

<sup>309</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version anglaise mise à jour en octobre 2021), glossaire, p. 126. Pour une analyse des risques de ce secteur particulièrement vulnérable et des mesures d'atténuation des risques, consulter le *Guidance for a risk-based approach for money or value transfer Services*, Paris, 2016, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<[www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org)>), consulter à ce titre: <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/rba-money-or-value-transfer.html>> (22. 11. 2021).

<sup>310</sup> Titre 31, chapitre X, § 1010.410 U.S. CFR.

<sup>311</sup> Pour une analyse sélective des obligations de diligences des États-Unis, le lecteur est renvoyé à la partie I relative à l'étude de droit comparé; voir aussi le rapport de suivi des États-Unis, publié par le GAFI en mars 2020, p. 3, notes de bas de page n° 4 et 5.

<sup>312</sup> Dans le rapport d'évaluation mutuelle des États-Unis, en décembre 2016, de nombreuses lacunes avaient été constatées; cf. FATF, *Fourth round mutual evaluation report, United States*, 2016, p. 197 à 204. Alors que les États-Unis ont remédié à peu de lacunes qui ont été identifiées à l'époque; cf. GAFI, *Rapport de suivi des États-Unis*, mars 2020, p. 2 à 3.



entre les différentes juridictions, ce qui ne semble pas être le cas en l'espèce. En effet, les premiers États membres du GAFI ont été évalués début 2014 et les derniers seront examinés à la fin de 2022 selon l'échéancier du GAFI<sup>313</sup>. Ce calendrier pourrait toutefois souffrir de retards suite à la crise sanitaire<sup>314</sup>. En effet, les experts ne peuvent pas se rendre sur place pour évaluer les pays, ce qui crée une inégalité de traitement par rapport aux États-membres qui ont eu moins de temps pour mettre en œuvre les recommandations du GAFI.

## 3.2 Mesures coercitives

Les mesures coercitives prises par le GAFI peuvent se révéler extrêmement dures pour les pays qui en sont frappés. À titre d'exemple, on peut mentionner l'initiative PTNC, soit la désignation de pays mis au ban par le GAFI, lancée en 2001 et achevée en 2006<sup>315</sup>. En 2007, le GAFI a créé le *Groupe d'examen de la coopération internationale* (ICRG) chargé de surveiller et proposer des mesures d'amélioration pour les juridictions présentant des risques accrus en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme<sup>316</sup>. Depuis 2008, l'ICRG publie après chaque séance plénière du GAFI, en principe trois fois par année, des déclarations publiques sur des pays présentant des déficiences importantes en la matière<sup>317</sup>. Cela dit, avant qu'un État membre soit listé, le GAFI prend des mesures préalables. Ainsi, il est initialement possible d'imposer un certain nombre d'obligations renforcées pendant un laps de temps déterminé, d'envoyer une délégation d'experts dans le pays pour faire un état des lieux, ou encore faire appel au gouvernement du pays pour remédier aux déficiences constatées<sup>318</sup>. L'inscription sur la liste noire représente une *ultima ratio*.

### 3.2.1 Juridictions à risque accru/appeal du GAFI à appliquer des contre-mesures (liste noire<sup>319</sup>)

La «*liste noire*» est réservée aux pays présentant des défaillances stratégiques graves et qui refusent de prendre des mesures pour y remédier ou s'y opposent. Étant donné

---

<sup>313</sup> Liste des pays évalués et à évaluer, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<<https://www.fatf-gafi.org/fr/>>); consulter à ce titre: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/4th-Round-Ratings.xlsx>> (22.11.2021).

<sup>314</sup> GAFI, Rapport annuel XXXI, 2019-2020, p. 33.

<sup>315</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 236.

<sup>316</sup> Cf. partie I, titre I, chapitre 2.4.

<sup>317</sup> High risk and other monitored jurisdictions, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<<https://www.fatf-gafi.org/fr/>>); consulter à ce titre: <[http://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/more/more-on-high-risk-and-non-cooperative-jurisdictions.html?hf=10&b=0&s=desc\(fatf\\_releasedate\)](http://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/more/more-on-high-risk-and-non-cooperative-jurisdictions.html?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate))> (22.11.2021); TAUBE, Die Schwarze Liste der FATF, p. 212.

<sup>318</sup> Dans le même sens, WEISSER, Expertokratie? Über Macht und Ohnmacht von Experten, p. 971.

<sup>319</sup> GAFI, Rapport annuel XXXI, 2019-2020, p. 37.



que ces pays sont à haut risque pour le système financier international<sup>320</sup>, le GAFI appelle ses États membres et d'autres juridictions à appliquer des mesures de vigilance renforcées et des contre-mesures en vertu de la R. 19/2012. De telles contre-mesures peuvent par exemple consister à limiter les opérations financières avec les pays listés et les personnes domiciliées dans ces pays<sup>321</sup>.

### 3.2.2 *Juridictions avec des défaillances stratégiques sous surveillance (liste grise<sup>322</sup>)*

La «*liste grise*» comporte des pays présentant des défaillances stratégiques et n'ayant pas encore établi un plan pour y remédier avec le GAFI. Le GAFI attend des États membres qu'ils tiennent compte de cette liste dans le cadre de leur analyse des risques<sup>323</sup>.

### 3.2.3 *Juridictions sous surveillance accrue*

Ces pays ont pris un engagement au plus haut niveau politique pour remédier à leurs déficiences stratégiques moyennant un plan d'action conclu d'entente avec le GAFI<sup>324</sup>.

Le *listing* des pays défaillants est un désaveu public et une sanction morale utilisée dans un contexte international pour souligner le caractère contraignant des standards promulgués. Cette pratique est incisive et contraint les pays à s'aligner sur les standards, sous peine d'être marginalisés et étiquetés comme étant déficients. Par ailleurs, elle est utilisée pour porter préjudice à la réputation des pays listés et a de ce fait un effet dissuasif<sup>325</sup>. En outre, les acteurs politiques collaborent avec les médias et les instrumentalisent, afin de forcer les pays à agir comme ils le souhaitent pour ne pas faire l'objet de communiqués de presse négatifs affectant la réputation de leur place financière<sup>326</sup>. On peut donc constater que la pression exercée par les pairs n'est pas seule-

<sup>320</sup> Juridictions qui ont fait l'objet d'un appel du GAFI, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<https://www.fatf-gafi.org/fr/>); consulter à ce titre: <https://www.fatf-gafi.org/fr/pays/#high-risk> (22.11.2021); TAUBE, Die Schwarze Liste der FATF, p. 212. Il s'agit actuellement de la République populaire démocratique de Corée (Corée du Nord) et de l'Iran.

<sup>321</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version anglaise mise à jour en octobre 2021), note interprétative de la R. 19/2012 (pays présentant un risque plus élevé), p. 86.

<sup>322</sup> GAFI, Rapport annuel XXXI, 2019-2020, p. 37.

<sup>323</sup> Juridictions sous surveillance accrue, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<https://www.fatf-gafi.org/fr/>); consulter à ce titre la liste établie lors de la séance plénière du GAFI d'octobre 2021: <https://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/documents/call-for-action-october-2021.html> (22.11.2021); TAUBE, Die Schwarze Liste der FATF, p. 212.

<sup>324</sup> Juridictions à hauts risques et juridictions sous surveillance, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<https://www.fatf-gafi.org/fr/>), consulter à ce titre: [http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/juridictions-haut-risques-et-sous-surveillance/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf\\_release\\_date\)](http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/juridictions-haut-risques-et-sous-surveillance/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_release_date)) (22.11.2021), TAUBE, Die Schwarze Liste der FATF, p. 212.

<sup>325</sup> ROTH, Soft Law – Ordnungsvisionen im flux, p. 107, chap. 9.2.

<sup>326</sup> ROTH, Soft Law – Ordnungsvisionen im flux, p. 108, chap. 9.2.

ment un mécanisme et une technique, mais représente aussi et surtout une véritable sanction. En effet, le blâme et le désaveu public ont un effet et une dureté qui peuvent être supérieures à celles des sanctions juridiques classiques<sup>327</sup>.

Les évaluations mutuelles du GAFI fonctionnent selon le même principe: les bons comme les mauvais résultats sont publiés pour exercer une pression sur les pays. En effet, un mauvais résultat peut avoir un impact non négligeable sur la réputation de la place financière. La conséquence n'est pas anodine, étant donné que la réputation est une source de légitimation essentielle dans le domaine financier<sup>328</sup>, et ce, d'autant plus que les publications du GAFI rendent accessibles à un large public les résultats détaillés de l'évaluation d'un pays. Ainsi, l'inscription d'un pays dans une liste peut influencer sur l'entretien de relations interétatiques ou internationales et dissuader des entreprises privées de s'y installer<sup>329</sup>. À l'inverse, les évaluations mutuelles peuvent aussi être utilisées comme un label de qualité pour vanter la conformité du pays aux normes internationales et la bonne réputation de la place financière<sup>330</sup>.

Si le GAFI arrive à la conclusion qu'un pays doit être placé sur une liste grise ou noire, dans la majorité des cas, le public n'a que peu de connaissances des critères justifiant une telle inscription, et il n'est pas en mesure d'en apprécier les motifs ou la justification<sup>331</sup>. En effet, il n'existe pas de procès-verbaux publiquement accessibles pour comprendre les raisons ayant conduit au *listing* d'un pays<sup>332</sup>. Toutefois, le GAFI cite certains critères utilisés pour prendre une décision à ce sujet:

- le pays n'est pas membre d'un organisme régional de type GAFI ou il ne permet pas que les résultats de l'évaluation mutuelle soient publiés en temps utile; ou
- le pays est nommé par un État membre du GAFI ou par un organisme régional de type GAFI. La nomination est fondée sur des risques ou des menaces spécifiques de blanchiment d'argent, de financement du terrorisme ou de la prolifération d'armes de destruction massive portés à l'attention des délégations; ou
- le pays obtient – selon une grille d'évaluation définie – des mauvais résultats lors de son évaluation mutuelle<sup>333</sup>.

Force est de constater qu'il n'existe pas de critères qualitatifs ou quantitatifs clairement définis lorsque la nomination est effectuée par un État membre ou un organisme régional de type GAFI.

---

<sup>327</sup> HÄNNI, L'examen par les pairs en droit international: quelle légitimité procédurale?, p. 459.

<sup>328</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 237.

<sup>329</sup> HÄNNI, L'examen par les pairs en droit international: quelle légitimité procédurale?, p. 458.

<sup>330</sup> ZUBERBÜHLER, Finanzmarktregulierung und kein Ende?, p. 290.

<sup>331</sup> ROTH, Soft Law – Ordnungsvisionen im flux, p. 107, chap. 9.2.

<sup>332</sup> ROTH, Soft Law – Ordnungsvisionen im flux, p. 67, chap. 7.1.

<sup>333</sup> GAFI, Rapport annuel XXX, 2018-2019, p. 57.

Aussi discutables soient-elles, les mesures coercitives du GAFI semblent porter leurs fruits, car, en plus d'engendrer des risques juridiques ou opérationnels, le fait de ne pas s'y conformer crée en définitive un risque réputationnel qu'il convient d'éviter à tout prix. Dans ce contexte, les titres des journaux relatifs au *listing* d'un pays peuvent être très dommageables pour une place financière et anéantir en peu de temps une bonne réputation construite durant des années. Comme le souligne ROTH, les défaillances dévoilées restent enracinées dans les mémoires collectives. Le souvenir négatif suite à des faits relatés dans la presse est de bien plus longue durée que le comportement correct pratiqué sur le long<sup>334</sup>. Malgré cela, les standards internationaux représentent aussi des labels de qualité facilitant la création d'une bonne réputation, dans la mesure où ils servent de standards et simplifient d'éventuelles discussions sur le respect par un État de normes spécifiques et sectorielles<sup>335</sup>.

### 3.3 Applicabilité et praticabilité

Selon NOBEL, les standards internationaux représentent une nouvelle forme législative. En effet, initialement, peu de normes internationales étaient contraignantes. Toutefois, les exigences de *best practice*, l'équivalence des dispositions à un niveau international et la pression du marché ont contribué à ce que les pays transposent les standards internationaux dans leur réglementation en leur conférant la qualité de normes techniques obligatoires<sup>336</sup>.

Selon BARTHOLET, ces efforts d'harmonisation font aussi l'objet de critiques du fait qu'une règle unique ne reflète pas de manière adéquate les caractéristiques politiques et économiques propres à chaque pays. Par ailleurs, en raison du caractère plus sévère de la réglementation dans certains pays anglo-saxons, les organismes internationaux ont tendance à suivre ces règles. En outre, une harmonisation réglementaire vient exclure les avantages d'une saine concurrence des marchés avec pour effet de supprimer, dans certains domaines, l'émergence de formes réglementaires alternatives. Ce manque d'innovation dans la réglementation peut, dans certaines circonstances, avoir un effet paralysant sur les dynamiques et les acteurs du marché. Il n'est donc pas surprenant qu'à la suite d'une convergence des conditions-cadres réglementaires, les acteurs du marché ajustent leurs modèles commerciaux et alignent leur stratégie au même rythme<sup>337</sup>.

Selon NOBEL, les régulateurs nationaux sont certes impliqués dans l'élaboration des standards internationaux mais ne peuvent pratiquement pas développer leurs propres modèles. En outre, il n'est pas conseillé de prendre des mesures nationales isolées,

<sup>334</sup> ROTH, *Soft Law – Ordnungsvisionen im flux*, p. 103, chap. 9.1.

<sup>335</sup> ROTH, *Soft Law – Ordnungsvisionen im flux*, p. 104, chap. 9.1.

<sup>336</sup> NOBEL, *Wieviel Regulierung – wieviel globale Standards?*, p. 68.

<sup>337</sup> BARTHOLET, *Internationale Konvergenz in der Finanzmarktregulierung*, p. 97, N 32 à 34.

car la globalisation a rendu les marchés plus compétitifs. Dans ce contexte, une réglementation plus sévère agirait au détriment du pays qui la promulgue<sup>338</sup>. À notre sens, ne pas participer à l'élaboration de standards internationaux n'est de toute évidence pas une option valable. Toutefois, une transposition mot par mot des standards internationaux dans la législation nationale peut avoir des conséquences néfastes sur la créativité et la souplesse réglementaire d'un pays. Au vu de ce qui précède, nous nous interrogeons quant à l'applicabilité, la praticabilité et la convergence avec le droit national des recommandations du GAFI.

### 3.3.1 Force contraignante

Les recommandations élaborées par le GAFI déploient malgré leur caractère de *soft law* un effet contraignant sans pourtant avoir un effet normatif. À titre d'exemple, les régulateurs nationaux doivent justifier chaque écart matériel effectué par rapport aux recommandations du GAFI. Par ailleurs, les recommandations du GAFI bénéficient d'une légitimité politique accrue du fait du soutien du G20<sup>339</sup>. Il s'ensuit que, malgré l'absence d'un cadre juridique contraignant, les sanctions possibles envers les États membres en cas de non-conformité avec les recommandations ont un effet dissuasif important. Par conséquent, les États membres préfèrent se conformer aux recommandations du GAFI afin d'éviter d'être l'objet de contre-mesures et de subir des dommages nuisant à leur réputation.

### 3.3.2 Convergence matérielle et temporelle

En matière de lutte contre le blanchiment d'argent, le GAFI est reconnu comme étant l'organisation intergouvernementale de référence. Cependant, il existe d'autres organismes internationaux engagés dans la lutte contre le blanchiment d'argent, par exemple le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire ou l'OCDE; celle-ci se réfère directement aux recommandations du GAFI dans son manuel sur l'échange d'informations sur demande. On s'interroge donc sur la convergence des standards de ces deux organismes.

S'agissant de la méthodologie d'examen employée en matière d'identification du bénéficiaire effectif, l'OCDE spécifie que le but poursuivi dans le cadre de la mise en œuvre de l'échange automatique d'informations sur demande à des fins fiscales diffère de celui du GAFI<sup>340</sup>. Il s'ensuit que les recommandations du GAFI peuvent être prises en compte dans l'interprétation du standard de l'OCDE si cela est considéré comme approprié<sup>341</sup>. Cela implique qu'une interprétation divergente des recommanda-

---

<sup>338</sup> NOBEL, *Wieviel Regulierung – wieviel globale Standards?*, p. 69.

<sup>339</sup> BARTHOLET, *Internationale Konvergenz in der Finanzmarktregulierung*, p. 99 à 100, N 38.

<sup>340</sup> OCDE, *Exchange of Information on Request, Handbook for peer reviews 2016-2020, Global Forum on transparency and exchange of information for tax purposes, third edition, 2016*, p. 18, par. 11.

tions du GAFI par l'OCDE n'est pas exclue. Or, une telle démarche dénote un manque de coordination inadmissible entre deux organismes internationaux importants. En outre, de telles différences d'interprétation d'un même standard entraînent non seulement des difficultés<sup>342</sup>, mais également une confusion importante en termes de transposition des normes internationales.

D'un point de vue temporel, une transposition ou une mise en œuvre anticipée de nouvelles dispositions réglementaires internationales peut nuire durablement à la compétitivité des acteurs du marché concerné et entraîner des difficultés en termes de prévisibilité et de sécurité du droit<sup>343</sup>.

### 3.3.3 Convergence dans l'interprétation/mise en œuvre

Il ne suffit pas de transposer les standards internationaux dans le droit national. Encore faut-il que le droit interne fasse l'objet d'une interprétation équivalente prévoyant des conséquences similaires en cas de manquements dans tous les États membres. Si la mise en œuvre des standards internationaux dans le droit interne diffère de manière considérable de ceux initialement prévus, une égalité de traitement en termes de compétitivité entre les différents acteurs du marché ne peut plus être garantie<sup>344</sup>. L'utilisation de réseaux criminels transfrontaliers nécessite de plus en plus une approche de surveillance coordonnée à un niveau international des autorités de surveillance nationales. Le Conseil de stabilité financière a créé un *Framework for Strengthening Adherence to International Standards* en la matière, pouvant servir de modèle à d'autres organismes internationaux<sup>345</sup>. Comme nous avons eu l'occasion de le constater, le GAFI n'entreprend pas suffisamment d'efforts pour mettre les États membres sur un pied d'égalité (*level playing field*) et n'assure de ce fait pas une mise en œuvre uniforme de ses recommandations.

## 3.4 Principes de gouvernance du GAFI

Les dispositions fondamentales en matière de gouvernance d'entreprise (*corporate governance*) figurent dans toutes les formes d'organisations. Elles peuvent être définies comme étant des règles de gestion de l'entreprise visant notamment à équilibrer et à prévenir les conflits d'intérêts entre les différentes parties concernées (*stakeholder*)

<sup>341</sup> OCDE, Exchange of Information on Request, Handbook for peer reviews 2016-2020, Global Forum on transparency and exchange of information for tax purposes, third edition, 2016, Annex 1, p. 29, par. 3.

<sup>342</sup> BARTHOLET, Internationale Konvergenz in der Finanzmarktregulierung, p. 103 à 104, N 47, N 48. L'auteur fournit l'exemple du *Financial Stability Board*, de la Banque mondiale et du FMI.

<sup>343</sup> BARTHOLET, Internationale Konvergenz in der Finanzmarktregulierung, p. 104 à 105, N 50.

<sup>344</sup> BARTHOLET, Internationale Konvergenz in der Finanzmarktregulierung, p. 105, N 51.

<sup>345</sup> BARTHOLET, Internationale Konvergenz in der Finanzmarktregulierung, p. 106, N 53.

par la mise en œuvre de mesures organisationnelles<sup>346</sup>. Ces mesures peuvent consister en des règles définissant les rapports de pouvoir entre les actionnaires, le conseil d'administration, la direction, les organismes de contrôle et les autres groupes d'intérêts. Selon le *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*, «*La gouvernance d'entreprise peut être définie comme étant l'ensemble des principes pour préserver les intérêts des actionnaires, visant à atteindre une transparence et un équilibre entre la direction et les fonctions de contrôle au plus haut niveau d'une entreprise, tout en préservant l'efficacité et le processus décisionnel.*»<sup>347</sup>

Les principes relatifs à la gouvernance de l'entreprise ne sont pas exclusivement promulgués par les acteurs du secteur privé, mais également par les organismes internationaux. À titre d'exemple, on peut citer le manuel relatif à la gouvernance d'entreprise de l'OCDE datant de 2021 (*OCDE Corporate Governance Factbook*) qui fournit des informations facilement accessibles sur le cadre institutionnel, juridique et réglementaire relatif à la gouvernance d'entreprise de 50 juridictions et complète les *Principes de gouvernement d'entreprise* du G20 et de l'OCDE qui font actuellement l'objet d'une révision<sup>348</sup>. Quant à lui, le GAFI a établi des principes de gouvernance destinés à un usage strictement interne<sup>349</sup>. Cette démarche est regrettable, car elle contrevient aux principes de transparence, de publicité et d'accessibilité. À notre sens, il est plutôt surprenant que le GAFI ait établi des principes de gouvernance trente ans après sa création. Par ailleurs, il est regrettable que ces principes ne soient pas publiquement accessibles, car le processus décisionnel du GAFI reste obscur dans bien des domaines. Parmi les informations dont le public n'a pas connaissance figurent les critères d'admission, les droits et les obligations des États membres ainsi que les rôles des différents intervenants (président, groupes de travail et secteur privé). Par ailleurs, durant les séances plénières, les décisions sont prises par *consensus* entre les États membres. Toutefois, il n'est pas précisé comment on parvient à un *consensus* et pourquoi les États membres ne sont pas dotés d'un droit de vote.

Selon ROTH, les principes démocratiques et de gouvernance des organisations internationales sont souvent sous-développés et les processus décisionnels menant à des

---

<sup>346</sup> BRÄNDLI, *Internationale Standards*, p. 40, par. 40.

<sup>347</sup> ROTH, *Good Corporate Governance*, p. 35, par. 12, traduction de l'allemand.

<sup>348</sup> OCDE, *Corporate Governance Factbook 2021*, in: Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), (<[www.oecd.org](http://www.oecd.org)>), consulter à ce titre: <<https://www.oecd.org/corporate/Corporate-Governance-Factbook.pdf>> (22.11.2021).

<sup>349</sup> Dans son rapport de mars 2018 à l'attention des ministres des finances et des gouverneurs des banques centrales du G20, le GAFI a informé les ministres que ses États membres avaient donné leur accord à la révision du mandat du GAFI et à l'établissement de principes de gouvernance pour un usage interne; cf. FATF Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, March 2018, par. 5, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<[www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org)>), consulter à ce titre: <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/FATF-G20-FM-CBG-March-2018.pdf>> (22.11.2021).

décisions et jugements se caractérisent par un manque de transparence frappant<sup>350</sup>. L'auteur souligne que, dans le processus décisionnel du GAFI, la transparence est à bien des égards insuffisante. Elle mentionne à titre d'exemple la stupéfiante rapidité avec laquelle la Fédération de Russie a été admise comme État membre à part entière du GAFI en 2003, alors qu'en 2002 elle figurait encore sur la liste des PTNC du GAFI. Selon l'auteur, les intérêts de l'industrie pétrolière américaine et de l'Allemagne ont été déterminants pour l'admission de la Russie<sup>351</sup>. Selon CASSANI, cette admission trouve son origine dans des éléments politiques et économiques qui n'ont à aucun moment été énoncés dans le processus décisionnel<sup>352</sup>.

Nous partageons l'avis de ces auteurs, car ce même manque de transparence est par exemple perceptible dans le processus d'admission de l'Arabie saoudite en juin 2019 comme membre à part entière du GAFI, et cela malgré l'inscription en février 2019 de cet État sur la première liste de pays tiers de l'UE dont les dispositifs de lutte contre le blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme sont insuffisants<sup>353</sup>. La liste de l'UE, qui allait au-delà de celles élaborées par le GAFI, n'a pas été acceptée par le Conseil européen et le Parlement qui ont demandé à la Commission européenne d'établir une nouvelle liste. La nouvelle liste, qui a été publiée le 7 mai 2020, ne contient plus l'Arabie saoudite. Par ailleurs, il est frappant de constater que les pays cités dans la liste de l'UE sont majoritairement des pays du tiers monde. La liste ne contient aucun nom des pays cités dans les récentes affaires de blanchiment d'argent connus pour la création de véhicules *offshore*<sup>354</sup>.

<sup>350</sup> ROTH, *Soft Law – Ordnungsvisionen im flux*, p. 67, chap. 7.1.

<sup>351</sup> ROTH, *Soft Law – Ordnungsvisionen im flux*, p. 67, chap. 7.1.

<sup>352</sup> CASSANI, *L'internalisation du droit pénal économique*, p. 239.

<sup>353</sup> Afin de protéger le bon fonctionnement du marché intérieur, l'UE a adopté la Directive UE 2015/849 (quatrième Directive de l'UE de lutte contre le blanchiment d'argent) qui a été entre-temps complétée par la Directive UE 2018/843 (cinquième Directive de l'UE de lutte contre le blanchiment d'argent). Or, le considérant 9 de la Directive UE 2018/843 prévoit la possibilité de recenser les pays tiers dont les dispositifs de lutte contre le blanchiment d'argent et de financement du terrorisme présentent des carences stratégiques qui font peser une menace significative sur le système financier de l'Union européenne. La compétence visant à élaborer cette liste a été déléguée à la Commission européenne. Sur cette base, la Commission européenne a élaboré une première liste de 23 juridictions à haut risque le 13 février 2019, cf. Communiqué de presse de la Commission européenne, «La Commission européenne adopte une nouvelle liste de pays tiers dont les dispositifs de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme sont insuffisants», in : Commission européenne, ([https://ec.europa.eu/info/index\\_fr](https://ec.europa.eu/info/index_fr)), consulter à ce titre : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_19\\_781](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_19_781) (22.11.2021). La liste publiée comprenait les pays suivants : Afghanistan, Samoa américaines, Bahamas, Botswana, République populaire démocratique de Corée, Éthiopie, Ghana, Guam, Iran, Irak, Libye, Nigeria, Pakistan, Panama, Porto Rico, Samoa, **Arabie saoudite** [caractères gras ajoutés], Sri Lanka, Syrie, Trinité-et-Tobago, Tunisie, Îles Vierges américaines et Yémen).

<sup>354</sup> Commission européenne, ([https://ec.europa.eu/info/index\\_fr](https://ec.europa.eu/info/index_fr)), consulter à ce titre : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_20\\_800](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_800) (22.11.2021).

Le GAFI ne publiant pas les motifs et critères ayant conduit à admettre que l'Arabie saoudite remplit les conditions pour devenir un État membre à part entière, sa décision reste impénétrable. Or, face à ce manque de transparence, une telle admission suggère être le fruit d'intérêts politiques, notamment de l'industrie pétrolière américaine. Un tel *modus operandi* est propre à remettre en question la crédibilité, la légitimité et l'intégrité du GAFI.

Dans son ouvrage, ROTH opère une distinction entre la confiance personnelle et la confiance institutionnelle. La confiance institutionnelle ne se réfère pas aux individus mais aux institutions, ce qui implique que ces dernières doivent se laisser guider par des normes contraignantes et agir de manière intègre et fiable. Autrement dit, elles doivent s'abstenir de tromper ou mentir à leur propre avantage (*institutional integrity*). Si la confiance institutionnelle fait défaut, l'établissement en question ne peut pas remplir sa fonction politique, économique et sociale, car il est perçu comme imprévisible et peu fiable<sup>355</sup>. La publication par le GAFI des principes de gouvernance, des processus décisionnels les plus importants, ainsi que des critères ayant conduit à l'admission de nouveaux États membres, pourraient renforcer la transparence et la confiance institutionnelle.

### 3.5 Influence politique

Depuis la crise financière de 2008, les standards internationaux en matière de droit des marchés financiers sont approuvés et promulgués par le G20<sup>356</sup>. Le G20 n'est pas une organisation internationale à proprement parler, mais représente un groupement gouvernemental *ad hoc* qui a des intérêts politiques et économiques communs<sup>357</sup>. Toutefois, il exerce une pression considérable en faveur de la transposition des standards internationaux dans les ordres juridiques disposant de places financières importantes. Le G20 agit donc en qualité de pouvoir exécutif des pays industrialisés les plus importants, afin d'éviter des brèches dans le système. D'autres places financières comme la Suisse qui participent à l'élaboration des normes internationales peuvent se sentir obligées – d'un point de vue politique – d'adopter ces standards et de les transposer dans leurs systèmes juridiques. À défaut, ils risqueraient d'être exclus des travaux préparatoires de différents textes et devraient, par exemple, se soumettre à une évaluation visant à apprécier l'équivalence de leur système juridique<sup>358</sup>.

---

<sup>355</sup> ROTH, *Soft Law – Ordnungsvisionen im flux*, p. 5, chap. 1.4; ROTH, *Good Corporate Governance*, p. 39, par. 22.

<sup>356</sup> Le Groupe des 20 est composé de 19 pays et de l'Union européenne. Il se réunit régulièrement pour discuter de l'économie mondiale. Ce groupe a été créé après la succession de crises financières dans les années nonante afin d'assurer la stabilité du système financier et le bon fonctionnement des marchés mondiaux. La Suisse ne fait pas partie du G20, elle a toutefois été invitée aux sommets du G20 en 2019, en 2020 et en 2021.

<sup>357</sup> PIETH, *Der Einfluss des internationalen Rechts auf das Schweizer Strafrecht*, p. 258.



Le G20 surveille de près les travaux du GAFI et détermine les domaines de priorités. En octobre 2009, à la demande du G20, le GAFI a par exemple publié un document visant à améliorer la conformité aux normes de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le monde entier<sup>359</sup>. Plus récemment, le GAFI a établi des directives pour les services de banque correspondante en réponse aux préoccupations du G20 et d'autres leaders mondiaux<sup>360</sup>. En outre, en juillet 2017, le G20 a demandé au Conseil de stabilité financière de collaborer notamment avec le GAFI pour identifier et adresser les problèmes liés à l'accès bancaire des prestataires de remise de valeurs patrimoniales<sup>361</sup>. Lors du sommet de Pittsburgh, les leaders du G20 ont appelé le GAFI à mettre l'accent sur la lutte contre la corruption. En réponse à cet appel, le GAFI a publié une communication en la matière<sup>362</sup>. Enfin, en juin 2019, le GAFI a rédigé un rapport sur son activité à l'attention des leaders du sommet du G20<sup>363</sup>. Les recommandations du GAFI semblent au premier abord être le fruit de la réflexion des experts de différents gouvernements des États membres. Toutefois, les décisions du GAFI sont également prises en tenant compte des intérêts politiques, notamment ceux du G20<sup>364</sup>. Cette ingérence politique est problématique à plusieurs égards, notamment en matière de gouvernance, d'indépendance et d'impartialité du GAFI, mais aussi parce que les États membres du GAFI ne sont pas tous membres du G20, ce qui implique que leurs intérêts ne sont pas officiellement représentés au sein de ce groupement.

---

<sup>358</sup> BRÄNDLI, *Internationale Standards*, p. 31, par. 13.

<sup>359</sup> GAFI, *Rapport annuel XXI, 2009-2010*, p. 16.

<sup>360</sup> GAFI, *Rapport annuel XXVIII, 2016-2017*, p. 23.

<sup>361</sup> GAFI, *Rapport annuel XXIX, 2017-2018*, p. 43.

<sup>362</sup> GAFI, *Rapport annuel XXII, 2010-2011*, p. 4.

<sup>363</sup> FATF, *FATF Report to the G20 Leaders' Summit, June 2019, Japan*.

<sup>364</sup> BRÄNDLI, *Internationale Standards*, p. 49, par. 64.



### III Étude de droit comparé d'une sélection de mesures préventives en Suisse, en Allemagne et aux États-Unis

#### 4. Introduction et délimitations

Cette étude de droit comparé est une analyse sélective et cohérente d'un éventail de mesures préventives en Suisse, en Allemagne et aux États-Unis en matière de lutte contre le blanchiment d'argent à l'exclusion des mesures de lutte contre le financement du terrorisme. Le cœur de l'analyse s'articule autour des mesures préventives de lutte contre le blanchiment d'argent ayant fait l'objet de violations répétées par les intermédiaires financiers suisses dans le cadre d'affaires d'envergure internationale ces dernières années<sup>365</sup>. Avant chaque chapitre, nous présenterons brièvement les recommandations pertinentes du GAFI, et analyserons par la suite les trois modèles législatifs avant d'en tirer des conclusions. L'étude porte sur les textes législatifs et d'éventuelles ordonnances ou directives d'application des juridictions analysées, à l'exclusion des *best practices* et des *guidances* établis par d'autres organismes internationaux et privés.

---

<sup>365</sup> Cette conclusion se base, d'une part, sur la casuistique analysée dans la deuxième partie et, d'autre part, sur le graphique 5 « Violations et manquements constatés par la FINMA » (cf. partie II, titre I, chapitre 2.11.5). Le graphique 5 illustre les violations des dispositions de diligence en matière de lutte contre le blanchiment d'argent constatées par la FINMA ces dernières années. À titre d'exemple, 55% de toutes les violations identifiées dans le cadre des procédures d'*enforcement* de la FINMA concernaient la violation de l'obligation de communiquer. Dans le même temps, 50% des violations concernaient l'identification incorrecte de l'ayant droit économique. Par ailleurs, il s'est avéré que dans le cadre des affaires Petrobras, Odebrecht, *Panama Papers*, *Russian Laundromat* et Danske Bank des sociétés de domicile ou opérationnelles ainsi que d'autres structures juridique ont été utilisées à des fins de blanchiment d'argent.

## 5. Les obligations de diligence

Les obligations de diligence trouvent leurs origines dans les dispositions prudentielles et de gestion des risques des institutions financières. Cela dit, c'est avant tout l'expérience suisse qui s'est avérée une contribution importante dans ce domaine. Ainsi, en 1977, le scandale bancaire de Chiasso<sup>366</sup> a incité la Banque nationale suisse (BNS) à collaborer avec l'Association suisse des banquiers (ASB) pour rédiger la première version de la Convention de diligence des banques (CDB). Cet accord novateur entre les banques et l'ASB prévoyait des lignes directrices pour l'identification des clients, l'interdiction de fournir un soutien actif à l'évasion fiscale pour les sociétés de domicile et les ayants droit économiques des valeurs patrimoniales dans le cadre du *Know your customer* (KYC). Alors qu'à l'époque, la principale motivation était la sauvegarde de la réputation de la place financière suisse, la CDB a influencé les textes internationaux ultérieurs comme les *Basel Statement of Principles* et les 40 recommandations du GAFI<sup>367</sup>.

Depuis lors, les obligations de diligence n'ont pas cessé d'évoluer et constituent toujours l'un des piliers principaux dans la lutte contre le blanchiment d'argent. Cela dit, la pierre angulaire des obligations de diligence est la vérification de l'identité de l'ayant droit économique. À titre d'exemple, la seule obligation de diligence ancrée dans la LBA dont la violation fait l'objet d'une poursuite pénale conformément à l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP est la vérification de l'identité de l'ayant droit économique<sup>368</sup>. Par ailleurs, les procédures d'*enforcement* menées par la FINMA ces dernières années ont révélé que, dans 50% des cas, l'identification de l'ayant droit économique était incorrecte<sup>369</sup>.

Dans le chapitre suivant, nous analyserons comment la Suisse, l'Allemagne et les États-Unis ont mis en œuvre les exigences du GAFI relatives à la vérification de l'identité de l'ayant droit économique.

### 5.1 Vérification de l'identité de l'ayant droit économique selon le GAFI

La R. 10/2012 du GAFI est l'une des recommandations les plus importantes qui réglemente l'ensemble des obligations de diligence. En conséquence, dans le cadre du quatrième cycle d'évaluations mutuelles, la législation des pays évalués doit se conformer en grande partie aux exigences du GAFI. La méthodologie prévoit que la R. 10/2012 est subdivisée en 20 critères d'évaluation<sup>370</sup>. Notre analyse portera sur le critère

---

<sup>366</sup> Cf. partie II, titre I, chapitre 2.1.

<sup>367</sup> PIETH/AIOLFI, *Anti-Money Laundering: Levelling the Playing Field*, p. 8.

<sup>368</sup> BASSE-SIMONSOHN, *Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen*, p. 242.

<sup>369</sup> Le lecteur est renvoyé au graphique 5 relatif aux violations du droit identifiées par la FINMA ces dernières années; cf. partie II, titre I, chapitre 2.11.5.

10.5 relatif à la vérification de l'identité de l'ayant droit économique. Celui-ci prévoit que les institutions financières doivent: «*Identifier le bénéficiaire effectif et prendre des mesures raisonnables pour vérifier son identité de sorte que l'institution financière a l'assurance de savoir qui est le bénéficiaire effectif. Pour les personnes morales et les constructions juridiques, ceci devrait impliquer que les institutions financières comprennent la structure de propriété et de contrôle du client.*»<sup>371</sup>

Selon le glossaire du GAFI, l'expression «bénéficiaire effectif» désigne la personne physique qui, en dernier lieu, possède ou contrôle un client et/ou la personne physique<sup>372</sup> pour le compte de laquelle une opération est effectuée. Sont également comprises les personnes qui exercent en dernier lieu un contrôle effectif sur une personne morale ou une construction juridique<sup>373</sup>. La note interprétative relative à la R. 10/2012 prévoit que les institutions financières devraient identifier les bénéficiaires effectifs du client et prendre des mesures raisonnables pour vérifier ces informations<sup>374</sup>.

Enfin, la méthodologie relative au critère 10.5 prévoit que «*Les institutions financières devraient être obligées d'identifier le bénéficiaire effectif et de prendre des mesures raisonnables pour vérifier son identité à l'aide des informations ou données pertinentes obtenues d'une source fiable, de sorte que l'institution financière a l'assurance qu'elle sait qui est le bénéficiaire effectif.*»<sup>375</sup>

### 5.1.1 Selon le droit suisse

#### a) De lege lata

Ni la LBA ni l'OBA-FINMA ou la CDB 20 ne contiennent une définition de la notion d'ayant droit économique des valeurs patrimoniales<sup>376</sup>. Cela dit, les art. 2a, al. 3, et art. 4, al. 2, LBA, précisent qu'il doit s'agir d'une personne physique<sup>377</sup>. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, l'art. 2, let. f, OBA-FINMA, prévoit une définition des détenteurs du contrôle des personnes morales exerçant une activité opérationnelle. L'identification

---

<sup>370</sup> Cf. Méthodologie du GAFI, 2013, (mise à jour en novembre 2020), p. 46 à 50.

<sup>371</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version française), R. 10/2012, p. 13, par. 10, let. b.

<sup>372</sup> Selon le glossaire du GAFI ces expressions désignent les situations où la propriété ou le contrôle sont exercés par le biais d'une chaîne de propriété ou par toute autre forme de contrôle autre que directe; cf. Méthodologie du GAFI, 2013, (mise à jour en novembre 2020), glossaire, p. 176 et note de bas de page n° 111.

<sup>373</sup> Sont également compris les bénéficiaires effectifs d'un contrat d'assurance-vie ou de tout autre produit d'investissement en lien avec une assurance, cf. Méthodologie du GAFI, 2013, (mise à jour en novembre 2020), glossaire, p. 176 et note de bas de page n° 112.

<sup>374</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version anglaise mise à jour en octobre 2021), R. 10/2012, p. 14, let. b.

<sup>375</sup> Méthodologie du GAFI, 2013, (mise à jour en novembre 2020), p. 46, critère 10.5.

<sup>376</sup> LOMBARDINI, p. 25, N 88.

<sup>377</sup> OFK/GwG/AMLA-WYSS ad Art. 4, Abs. 1, GwG N 2.

du détenteur du contrôle se fait selon un principe de cascade<sup>378</sup>. Selon l'art. 4, al. 1, LBA, l'intermédiaire financier<sup>379</sup> doit identifier l'ayant droit économique avec la diligence requise par les circonstances. Cet article s'applique aux intermédiaires financiers selon l'art. 2, al. 2, LBA, et aux affiliés des OAR selon l'art. 2, al. 3, LBA. En vertu de l'art. 4, al. 2, LBA, l'intermédiaire financier doit requérir du cocontractant une déclaration écrite indiquant la personne physique qui est l'ayant droit économique, si:

- le cocontractant n'est pas l'ayant droit économique ou qu'il y a un doute à ce sujet;
- le cocontractant est une société de domicile ou une personne morale exerçant une activité opérationnelle;
- une opération de caisse, ou une ou plusieurs transactions paraissant liées entre elles, atteignent une somme importante (art. 3, al. 2, LBA).

Pour récapituler, lors de l'ouverture d'une nouvelle relation d'affaires impliquant une personne physique, l'intermédiaire financier doit requérir une déclaration écrite sur l'ayant droit économique en cas de doute<sup>380</sup>. Il s'ensuit que le degré de diligence dans la détermination de l'ayant droit économique se détermine en fonction du risque<sup>381</sup>. Ainsi, si l'intermédiaire financier n'a pas de doute quant au fait que le cocontractant est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales, il ne doit pas requérir une déclaration écrite<sup>382</sup>. En revanche, en cas de sociétés opérationnelles ou de sociétés de domicile non cotées en bourse, à savoir toutes les entités juridiques suisses et étran-

---

<sup>378</sup> Sont considérées comme des détenteurs du contrôle conformément à l'art. 2, let. f, OBA-FINMA, les personnes physiques qui contrôlent une personne morale exerçant une activité opérationnelle ou une société de personnes, en détenant directement ou indirectement, seules ou de concert avec des tiers, une participation d'au moins 25% du capital ou des voix, ou d'une autre manière, et qui sont considérées comme les ayants droit économiques de ces sociétés exerçant une activité opérationnelle qu'elles contrôlent ou, à défaut, qui sont considérées comme le membre le plus haut placé de l'organe de direction.

<sup>379</sup> La LBA s'applique aux intermédiaires financiers mentionnés à l'art. 2, al. 2, LBA. Il s'agit des banques, des gestionnaires de fortune et des trustees, des essayeurs de commerce, des directions de fonds, des sociétés d'investissement à capital variable, des sociétés en commandite de placements collectifs et des sociétés d'investissement à capital fixe, des gestionnaires de fortune collective, des institutions d'assurance si elles exercent une activité en matière d'assurance directe sur la vie ou si elles proposent ou distribuent des parts de placements collectifs, des maisons de titres, des contreparties centrales et des dépositaires centraux, des maisons de jeu, des systèmes de paiement pour autant qu'ils doivent requérir une autorisation de la FINMA, des exploitants de jeux de grande envergure au sens de la LJAr. Les autres intermédiaires financiers selon l'art. 2, al. 3, LBA, sont soumis aux règlements des OAR qui sont approuvés par la FINMA et reprennent les obligations de diligence de la LBA, notamment en matière de vérification de l'identité de l'ayant droit économique.

<sup>380</sup> BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, p. 247; OFK/GwG/AMLA-WYSS ad Art. 4, Abs. 2, GwG N 9.

<sup>381</sup> OFK/GwG/AMLA-WYSS ad Art. 4, Abs. 1, GwG N 4.

<sup>382</sup> Art. 29 CDB 2020; OFK/GwG/AMLA-WYSS ad Art. 4, Abs. 1, GwG N 4; Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1080.

gères (par exemple, les fondations, trust ou *Anstalten* n'exerçant pas une activité opérationnelle), l'intermédiaire financier doit toujours requérir une déclaration écrite sur l'ayant droit économique (art. 4, al. 2, let. b, LBA). Cela dit, les informations à recueillir sur les ayants droit économiques ou les bénéficiaires ultimes diffèrent suivant qu'il s'agit de sociétés opérationnelles, de sociétés de domicile ou d'autres personnes juridiques<sup>383</sup>. Les déclarations écrites du cocontractant d'un intermédiaire financier sur l'identité de l'ayant droit économique jouissent d'une force probante particulière du fait de leur importance dans la lutte contre le blanchiment d'argent<sup>384</sup>. Enfin, en présence de risques liés à l'ouverture de comptes de structures complexes dans des pays considérés à risques selon les recommandations du GAFI, il est peu probable qu'une déclaration écrite du client suffise à lever tout doute quant à la véritable identité de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales. Par conséquent et en cas de risques accrus, les clarifications effectuées doivent être documentées<sup>385</sup>.

Lors de l'évaluation mutuelle de la Suisse en 2016, le GAFI a considéré que le critère 10.5 n'était pas rempli, car les intermédiaires financiers suisses ne vérifiaient pas de manière systématique *le statut de l'ayant droit économique des personnes désignées comme telles*. Comme nous l'avons précédemment relevé<sup>386</sup>, il est arrivé à la conclusion qu'une déclaration écrite n'était pas un moyen de vérification suffisant en soi, au sens du critère 10.5<sup>387</sup>.

<sup>383</sup> Dans la pratique, les intermédiaires financiers font recours à des formulaires standardisés de la CDB 2020 qui peuvent varier selon la forme juridique. Il s'agit du formulaire A (pour les personnes physiques et les sociétés de domicile), le formulaire I (pour les assurances-vie avec gestion de compte/dépôt séparée), le formulaire K (pour les sociétés opérationnelles), le formulaire S (pour les fondations), le formulaire T (pour les trusts) et le formulaire R pour les avocats qui gèrent des avoirs de clients n'étant pas liés à des opérations financières au sens de l'art. 2, al. 3, LBA; dans le même sens OFK/GwG/AMLA-WYSS ad Art. 4, Abs. 2, GwG N 8 et LOMBAR-DINI, p. 27, N 98.

<sup>384</sup> Cf. CASSANI, Droit pénal économique, p. 375, N 10.61 et les références citées; Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_844/2011 du 18 juin 2012, consid. 2.2; à noter que dans cet arrêt le TF se réfère au formulaire A, mais les mêmes principes s'appliquent pour l'ensemble des formulaires standardisés de la CDB 2020 de même que pour toute autre déclaration écrite visant à identifier l'ayant droit économique.

<sup>385</sup> OFK/GwG/AMLA-WYSS ad Art. 4, Abs. 1, GwG N 4 *in fine*; consulter aussi le Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1080.

<sup>386</sup> Cf. partie I, titre II, chapitre 3.1.4.

<sup>387</sup> Dans le rapport d'évaluation de la Suisse, le GAFI relève: «[qu'] *Il n'existe pas d'obligation générale pour les intermédiaires financiers de mettre en œuvre des mesures raisonnables [...] pour vérifier la déclaration écrite relative aux ayants droit économiques* [caractères gras ajoutés]. *Selon les autorités suisses, cette déclaration constitue en elle-même une mesure raisonnable et un moyen de vérification fiable, d'autant qu'elle revêt un caractère pénal et que l'établissement d'un faux est passible d'une peine privative de liberté de 5 ans ou plus (art. 251 CP). Les autorités suisses indiquent en outre que l'intermédiaire financier est tenu de définir le profil du client (art. 6 LBA et 13 OBA-FINMA) et devra à cette occasion procéder à une vérification matérielle concernant l'information sur l'ADE. Elles ajoutent qu'il ressort de l'art. 305<sup>ter</sup> CP que l'intermédiaire financier a l'obligation de procéder à la vérification de*

b) De lege ferenda

Le projet de révision de la LBA a été soumis au Parlement en juin 2019<sup>388</sup> et a été adopté par l'Assemblée fédérale le 19 mars 2021 avec des amendements<sup>389</sup>. L'art. 4, al. 1, LBA, a été complété, afin de tenir compte des critiques exprimées par le GAFI. Ainsi, l'art. 4, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, nLBA, prévoit désormais explicitement que l'identité de l'ayant droit économique doit être vérifiée systématiquement: «*L'intermédiaire financier doit, avec la diligence requise par les circonstances, identifier l'ayant droit économique et vérifier son identité [...]*»<sup>390</sup> Le commentaire explicatif de la nouvelle disposition précise que les intermédiaires financiers doivent vérifier l'identité de l'ayant droit économique selon une approche basée sur les risques en s'appuyant sur différentes sources d'informations, notamment sur leur propre connaissance du profil client, sur des informations publiques et, au besoin et si possible, sur des informations fournies par un service externe. En revanche, le fait de demander une simple copie d'une pièce d'identité de l'ayant droit économique pour le dossier n'est pas suffisant pour respecter l'obligation de vérification<sup>391</sup>.

5.1.2 Selon le droit allemand

La définition de la notion d'ayant droit économique dans le droit allemand contient des listes d'exemples non exhaustives<sup>392</sup> qui diffèrent selon qu'il s'agit d'une personne physique (§ 3, al. 1, ch. 1 et 2, dGwG), d'une personne morale (§ 3, al. 2,

---

*l'identité de l'ayant droit économique. Pour les évaluateurs, si l'existence de cette sanction peut impliquer une obligation de vérifier l'identité de la personne désignée comme ayant droit économique, elle ne s'étend pas de manière systématique à la vérification du statut d'ayant droit économique de la personne désignée, ce qui est une exigence du critère. Des mesures de vérification peuvent [...] être envisagées, mais pas de manière systématique* [caractères gras ajoutés]: en présence d'une situation de risque accru qui doit conduire les intermédiaires financiers à mener des clarifications complémentaires, dont l'étendue est fonction du risque que représente le client et peut inclure des recherches sur le contenu de la déclaration (art. 6, al. 2, let. c, LBA et 16 OBA-FINMA). [...] **Il n'existe pas d'obligation générale et systématique de prendre des mesures raisonnables pour vérifier l'identité des bénéficiaires effectifs des clients** [caractères gras ajoutés].»; cf. 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2016, Annexe sur la conformité technique, critère 10.5, p. 195; cf. partie I, titre II, chapitre 3.1.4.

<sup>388</sup> Cf. partie II, titre II, chapitre 9.1.

<sup>389</sup> Cf. partie I, titre III, chapitre 7.1.1 et partie II, titre II, chapitre 9.1.

<sup>390</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341, p. 5342; voir aussi le texte adopté par l'Assemblée fédérale, in: Projet X 2019-0212 1 de la Commission de rédaction pour le vote final, Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA), modification du 19 mars 2021, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr>>), consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190044/Texte%20pour%20le%20vote%20final%201%20NS%20F.pdf>> (22.11.2021); Modification du 19 mars 2021 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2021 668.

<sup>391</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5259.



dGwG), d'une fondation, d'une structure juridique<sup>393</sup> (§ 3, al. 3, dGwG) ou d'un ayant droit économique qui agit à titre fiduciaire ou pour le compte d'un tiers<sup>394</sup> (§ 3, al. 4, dGwG). Dans le cadre de la mise en œuvre de la Directive UE 2015/849, l'Allemagne a établi en 2017 un registre de transparence (§ 19 ss, dGwG)<sup>395</sup> pour la saisie des ayants droit économiques de personnes morales de droit privé, des sociétés de personnes enregistrées, des trusts, des fondations sans personnalité juridique et d'autres structures juridiques similaires domiciliés en Allemagne. Cela dit, et si les conditions sont réunies, l'obligation d'enregistrement s'applique aussi en cas de domicile à l'étranger. À titre d'exemple, un *trustee* qui est domicilié en dehors de l'UE mais qui entretient une relation d'affaires avec un cocontractant domicilié en Allemagne ou qui s'engage à acquérir un bien immobilier en Allemagne a une obligation d'enregistrement, si les conditions relatives au prélèvement de l'impôt allemand sur les gains immobiliers sont remplies (§ 21, al. 1, dGwG).

Jusqu'à la fin juillet 2021, une inscription auprès du registre de transparence en vertu des § 20 et 21, dGwG n'était nécessaire que si les informations sur l'ayant droit économique ne résultaient pas d'inscriptions existantes dans d'autres registres. Avec l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2021 du Transparenz- und Finanzinformationsgesetz (dTraFinG), les sociétés tenues de s'enregistrer doivent désormais déclarer leurs ayants droits économiques au registre de transparence au cours de différentes périodes transitoires prévues au § 59, al. 8, dGwG. Cette modification intervient dans le cadre de la mise en œuvre par l'Allemagne de la Directive UE 2019/1153 réglant les mesures visant à faciliter l'accès aux informations financières et à celles relatives aux comptes bancaires, ainsi qu'à l'utilisation de ces informations, par les autorités compétentes.

---

<sup>392</sup> L'énumération des constellations au § 3, al. 2 à 4, dGwG doit être considérée comme exemplative; cf. BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, chap. 5.2.2, p. 40.

<sup>393</sup> Selon KAETZLER, font partie notamment des structures juridiques au sens du § 3, al. 3, dGwG, les trusts, les fondations juridiques et les fondations juridiques utilisées à titre fiduciaire; cf. Frankfurter Kommentar dGwG-KAETZLER ad § 3, dGwG, N 56.

<sup>394</sup> Les ayants droit économiques selon le § 3, al. 4, ch. 1, dGwG sont exclusivement des personnes physiques, initiateurs d'une transaction; cf. Frankfurter Kommentar dGwG-KAETZLER ad § 3, dGwG, N 64. Tombent principalement sous cette disposition les comptes utilisés à titre fiduciaire, les comptes ouverts pour déposer une garantie de loyer et les comptes utilisés par les avocats et notaires; cf. Frankfurter Kommentar dGwG-KAETZLER ad § 3, dGwG, N 68.

<sup>395</sup> Cf. Frankfurter Kommentar dGwG-VON SCHWEINITZ/PICHLER ad § 18, dGwG, N 1, précisent que l'affaire des *Panama Papers* a été l'élément déclencheur de la création d'un registre de transparence en Europe.

La vérification de l'identité des ayants droit économiques de personnes morales<sup>396</sup>, fondations et autres structures juridiques<sup>397</sup> est soumise à des règles spécifiques (§ 3, al. 2 et al. 3, dGwG). Selon le § 3, al. 1, ch. 1 et 2, dGwG, l'ayant droit économique est la personne physique qui, en définitive, détient la propriété ou le contrôle d'une personne morale, de tout autre type de société ou d'une structure juridique au sens du § 3, al. 3, dGwG ou qui réalise une transaction ou établit une relation d'affaires<sup>398</sup>. Dans la mesure où la disposition s'appuie sur les termes de *contrôle* et de *réalisation*, on cherche à identifier la personne physique exerçant une influence significative dans la relation d'affaires et/ou la transaction<sup>399</sup>.

Lors de l'ouverture d'une nouvelle relation d'affaires, les assujettis<sup>400</sup> doivent clarifier si le cocontractant agit pour le compte d'un ayant droit économique (§ 10, al. 1, ch. 2, dGwG, en lien avec § 10, al. 3, ch. 1, dGwG). L'objectif de cette disposition est d'évi-

---

<sup>396</sup> Conformément au § 3, al. 2, dGwG, les ayants droit économiques des personnes morales comprennent les personnes physiques qui détiennent directement ou indirectement plus de 25% du capital, contrôlent plus de 25% des droits de vote ou exercent un contrôle sur une société d'une manière comparable. Si aucun ayant droit économique ne peut être identifié après des vérifications approfondies, l'ayant droit économique est réputé être le représentant légal, le dirigeant de la société ou le partenaire du cocontractant. Le contrôle exercé par une personne physique/la qualité d'ayant droit économique d'une société au sens du § 3, al. 2, ch. 1, dGwG, est présumée de manière irréfragable dans ces cas; cf. Frankfurter Kommentar dGwG-KAETZLER ad § 3, dGwG, N 28; Kommentar dGwG-WARIUS ad § 3, dGwG, N 47. Sont exclues de cette disposition, les fondations dotées de la personnalité juridique et les autres sociétés qui ne sont pas cotées auprès d'un marché organisé selon le § 2, al. 11, Wertpapierhandelsgesetz (dWpHG) ou qui ne sont pas soumises à des obligations de transparence en matière de droits de vote conformément au droit communautaire ou à des normes internationales équivalentes.

<sup>397</sup> Conformément au § 3, al. 3, dGwG, il s'agit des ayants droit économiques des fondations avec une personnalité juridique et d'autres structures juridiques qui gèrent ou distribuent à titre fiduciaire le patrimoine ou qui délèguent la gestion ou la distribution à des tiers: (1) toute personne physique agissant comme *settlor*, *trustee* ou protecteurs (si existant) d'un trust, (2) toute personne physique qui est membre de la direction d'une fondation, (3) toute personne physique qui est bénéficiaire, (4) un groupe de personnes pour lesquelles le patrimoine est géré ou distribué, à condition que la personne physique qui doit devenir le bénéficiaire ultime du patrimoine, ne soit pas encore connue, (5) toute personne physique exerçant un contrôle direct ou indirect sur la gestion du patrimoine ou la distribution du bénéfice, (6) toute personne physique qui exerce directement ou indirectement une influence prépondérante sur une association qui est soit a) membre de la direction de la fondation ou qui a été désignée comme bénéficiaire de celle-ci ou b) qui agit en qualité de *settlor*, *trustee* ou *protector* ou qui a été désignée comme bénéficiaire de la structure juridique en question.

<sup>398</sup> Selon KAETZLER, on recherche les personnes qui se cachent derrière une opération, en allemand «*Hintermänner*» et les bénéficiaires ultimes (*ultimate beneficial owners*); cf. Frankfurter Kommentar dGwG-KAETZLER ad § 3, dGwG, N 1.

<sup>399</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 40, chap. 5.2.1.

<sup>400</sup> La liste des assujettis (*Verpflichtete*) se trouve au § 2, al. 1, ch. 1 à 16, dGwG et comprend notamment les institutions de crédit, les institutions financières, les entreprises financières, les institutions de paiement, les assurances, les avocats et notaires, les prestataires pour la création d'entreprises à titre fiduciaire s'ils exercent un certain nombre d'activités, etc.

ter que les obligations de diligence soient contournées en faisant recours à des structures fiduciaires pour empêcher une identification du client<sup>401</sup>. Si le cocontractant déclare agir ou s'il existe des indices qu'il agit<sup>402</sup> pour le compte d'un ayant droit économique, les assujettis doivent au moins identifier<sup>403</sup> le nom de l'ayant droit économique et peuvent requérir d'autres éléments d'identification, si cela est approprié et compte tenu du risque de blanchiment d'argent (§ 11, al. 5, première phrase, dGwG)<sup>404</sup>. Par ailleurs, dans le cadre des clarifications, l'assujetti peut demander des renseignements au cocontractant mais ne doit pas exclusivement se fier aux indications données par ce dernier. En particulier, dans le cas des personnes morales, il faut partir du principe qu'il existe au moins un ou plusieurs ayants droit économiques<sup>405</sup>. L'assujetti doit prendre des mesures adaptées aux risques pour s'assurer de l'exactitude des informations collectées conformément au § 11, al. 5, première phrase, dGwG. Lorsqu'il recueille les informations sur l'identité de l'ayant droit économique du cocontractant, il ne peut pas s'appuyer uniquement sur les indications dans le registre de transparence électronique (§ 11, al. 5, 4<sup>e</sup> phrase, dGwG). En revanche, si les informations contenues dans ce registre coïncident avec celles relevées auprès du cocontractant, l'assujetti ne doit en principe pas entreprendre d'autres mesures pour en vérifier l'exactitude (§ 12, al. 3, dGwG). Cela dit, il doit s'assurer en adoptant des mesures fondées sur les risques que les informations collectées selon le § 11, al. 5, dGwG soient exactes. Si les informations fournies par le cocontractant ne sont pas plausibles, sont contradictoires ou qu'il est reconnaissable qu'elles sont inexactes, soit si un risque accru peut être déterminé, les assujettis doivent entreprendre des recherches et vérifications supplémentaires<sup>406</sup>. Même si le cocontractant confirme qu'il n'entame pas la relation d'affaires à l'initiation d'un tiers, notamment pas à titre fiduciaire, l'assujetti peut seulement se baser sur ces indications en l'absence d'anomalies ou d'indices contraires. Ces anomalies doivent être évidentes. Une obligation générale d'enquête n'est pas nécessaire; une action est seulement requise en cas de soupçons<sup>407</sup>. À l'inverse, les me-

---

<sup>401</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 39, chap. 5.2.

<sup>402</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 48, chap. 5.2.3.2.

<sup>403</sup> L'identification comprend, d'une part, la détermination de l'identité en collectant des informations pertinentes et, d'autre part, la vérification de ces informations afin d'identifier la contrepartie (§ 1, al. 3, ch. 1 et 2, dGwG); cf. BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 31, chap. 5.1.

<sup>404</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 49, chap. 5.2.3.2.

<sup>405</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 48, chap. 5.2.3.1.

<sup>406</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 49, chap. 5.2.3.2.

<sup>407</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 49, chap. 5.2.3.2.

sures adaptées au risque exigées par les § 11, al. 5 et 12, al. 3, dGwG en matière de vérification de l'ayant droit économique peuvent être réduites si un risque faible a été établi (cf. § 14 dGwG), une renonciation complète aux mesures de vérification n'est pas admissible<sup>408</sup>.

Enfin, les dispositions allemandes de lutte contre le blanchiment d'argent permettent à certaines conditions aux assujettis de réutiliser les données qu'ils ont récoltées antérieurement, lors de l'ouverture d'une relation d'affaires ou qui ont été récoltées par un tiers, lors de l'identification d'un cocontractant, d'un représentant ou d'un ayant droit économique (§ 11, al. 3, en lien avec § 17, al. 1 à 4, dGwG). En cas de doute sur l'exactitude des informations collectées auparavant, l'identification doit être répétée (§ 11, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, dGwG). Par ailleurs, en cas de recours à plusieurs tiers, l'institution financière assujettie doit s'adresser au premier tiers identifiant et l'origine des données doit toujours être documentée<sup>409</sup>. Finalement, le tiers peut utiliser les informations collectées sur un cocontractant, un représentant ou un ayant droit économique à une date antérieure, aux conditions énumérées au § 17, al. 3a, dGwG:

- le tiers doit avoir collecté les données du cocontractant pour établir sa propre relation d'affaires;
- l'identification ou la dernière actualisation ne doit pas dater de plus de 24 mois et doit avoir été effectuée conformément au § 12 dGwG;
- l'assujetti ne doit pas avoir de doutes quant à l'exactitude des informations qui lui ont été transmises en raison des circonstances extérieures;
- la date de validité du document utilisé dans le cadre de l'identification ou de la dernière actualisation selon le § 12 dGwG ne doit pas être échue au moment de l'utilisation des données.

Les assujettis allemands peuvent recourir, à certaines conditions, aux données d'un tiers pour identifier un cocontractant, un représentant du client ou un ayant droit économique d'une relation d'affaires. Lors de l'ouverture d'une relation d'affaires avec des personnes morales, des entités juridiques ou avec un cocontractant agissant pour le compte d'un tiers, les assujettis allemands vérifient l'identité de l'ayant droit économique en suivant une approche basée sur les risques et en s'appuyant sur plusieurs éléments – par exemple en se basant sur le registre de transparence électronique et sur d'autres sources. Avant la fin juillet 2021, la loi ne précisait pas si les assujettis devaient vérifier l'identité de l'ayant droit économique lorsque le cocontractant indiquait

---

<sup>408</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p.49, chap. 5.2.3.2.

<sup>409</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p.69, chap. 8.4.

être lui-même l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales. Au vu de ce qui précède, ce dernier point risquait de ne pas satisfaire au critère 10.5 exigeant que *l'identité de l'ayant droit économique doit être vérifiée sur la base d'informations ou données pertinentes, obtenues d'une source fiable*. Une vérification de l'identité de l'ayant droit économique fondée sur les documents ou informations reçus par le cocontractant peut-elle être qualifiée de *source fiable* au sens du critère 10.5 du GAFI? Toutefois, depuis l'entrée en vigueur de la dTraFinG le 1<sup>er</sup> août 2021 et avec la révision subséquente la loi anti-blanchiment allemande (dGwG) cette question ne se pose plus. En effet, l'Allemagne a précisé au § 11, al. 5, dGwG que les données pour vérifier l'identité de l'ayant droit économique doivent être collectées auprès du cocontractant et que cette vérification doit se faire selon une approche basée sur les risques (§ 12, al. 3, dGwG). Par ailleurs, dans le passé les assujettis n'étaient pas autorisés à se fier exclusivement aux indications dans le registre de transparence pour vérifier les informations fournies par le cocontractant sur l'ayant droit économique. Désormais, il suffit en principe de vérifier si les informations collectées correspondent à celles figurant dans l'extrait du registre de transparence. Ce n'est que s'il existe des doutes quant à l'identité de l'ayant droit économique, à l'exactitude d'autres informations personnelles ou s'il existe des indices d'un risque accru de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme au sens du § 15, al. 2, dGwG que des clarifications supplémentaires fondées sur les risques sont requises. Le quatrième cycle d'évaluations mutuelles de l'Allemagne qui, selon l'échéancier publié par le GAFI<sup>410</sup>, a débuté en 2020, permettra de savoir si cette dernière satisfait au critère 10.5.

### 5.1.3 Selon le droit des États-Unis

#### a) De lege lata

La législation actuellement en vigueur aux États-Unis définit la notion d'ayant droit économique pour les personnes physiques et les entités juridiques (titre 31, chapitre X, § 1010.605(a), U.S. CFR)<sup>411</sup>. Toutefois, s'agissant des constructions juridiques autres que certains types de *trusts*, il n'existe pas d'exigences explicites concernant

---

<sup>410</sup> Calendrier des évaluations du GAFI, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<<https://www.fatf-gafi.org/fr/>>); consulter à ce titre: <[http://www.fatf-gafi.org/fr/calendrier/calendrierdevaluations/?hf=10&b=120&s=asc\(document\\_lastmodifieddate\)&table=1](http://www.fatf-gafi.org/fr/calendrier/calendrierdevaluations/?hf=10&b=120&s=asc(document_lastmodifieddate)&table=1)> (22.11.2021).

<sup>411</sup> La définition de l'ayant droit économique au titre 31, chapitre X, § 1010.605 U.S. CFR, est la suivante: « *Beneficial owner of an account means an individual who has a level of control over, or entitlement to, the funds or assets in the account that, as a practical matter, enables the individual, directly or indirectly, to control, manage or direct the account. The ability to fund the account or the entitlement to the funds of the account alone, however, without any corresponding authority to control, manage or direct the account (such as in the case of a minor beneficiary), does not cause the individual to be a beneficial owner.* »

l'identification et la vérification des ayants droit économiques ou des personnes exerçant un contrôle effectif (titre 31, chapitre X, § 1010.230(d), U.S. CFR)<sup>412</sup>.

Depuis le 11 mai 2018 et selon le titre 31, chapitre X, § 1010.230(a), U.S. CFR, certaines institutions financières (ci-après: institutions financières assujetties)<sup>413</sup> doivent établir une procédure écrite appropriée (*Customer Identification Program (CIP)*), afin d'identifier et de vérifier les ayants droit économiques de certaines entités juridiques<sup>414</sup> lors de l'ouverture de relations d'affaires<sup>415</sup>. La procédure doit prévoir au moins les mêmes éléments que celle prévue pour vérifier l'identité des personnes physiques. Cela dit, les institutions financières assujetties peuvent choisir entre une vérification qui se base sur des documents (*verification through documents*) ou sur les indications fournies par le client qu'elles doivent vérifier en entreprenant des démarches supplémentaires (*verification through non-documentary methods*). La vérification de l'identité du client peut se faire moyennant un formulaire prévu à cet effet ou sous une autre forme, à condition que le cocontractant assure qu'à sa connaissance, les informations fournies sont exactes (titre 31, chapitre X, § 1010.230(b)(1), U.S. CFR). Les institutions financières assujetties doivent vérifier l'identité de chaque ayant droit économique dans la mesure du possible en suivant une approche orientée sur les risques.

---

<sup>412</sup> La définition des ayants droit économiques d'entités juridiques conformément au titre 31, chapitre X, § 1010.230(d), U.S. CFR, est la suivante: « (1) *Each individual, if any, who, directly or indirectly, through any contract, arrangement, understanding, relationship or otherwise, owns 25 percent or more of the equity interests of a legal entity customer; and (2) A single individual with significant responsibility to control, manage, or direct a legal entity customer, including: (i) An executive officer or senior manager (e.g., a Chief Executive Officer, Chief Financial Officer, Chief Operating Officer, Managing Member, General Partner, President, Vice President, or Treasurer); or (ii) Any other individual who regularly performs similar functions. (3) If a trust owns directly or indirectly, through any contract, arrangement, understanding, relationship or otherwise, 25 percent or more of the equity interests of a legal entity customer, the beneficial owner for purposes of paragraph (d)(1) of this section shall mean the trustee. If an entity listed in paragraph (e)(2) of this section owns directly or indirectly, through any contract, arrangement, understanding, relationship or otherwise, 25 percent or more of the equity interests of a legal entity customer, no individual need be identified for purposes of paragraph (d)(1) of this section with respect to that entity's interests* »; Pour la définition de « *legal entity* », consulter la note de bas de page n° 414; S'agissant des lacunes dans le cadre de l'obligation de vérification de l'ayant droit économique, consulter aussi le rapport de suivi des États-Unis, publié par le GAFI en mars 2020, p. 3, chap. 3.1.1, par. 8.

<sup>413</sup> Il s'agit des institutions financières suivantes: *banks* (titre 31, chapitre X, § 1020.210); *brokers or dealers in securities* (titre 31, chapitre X, § 1023.210); *mutual funds* (titre 31, chapitre X, § 1024.210); *futures commission merchants and introducing brokers in commodities*.

<sup>414</sup> La notion d'entité juridique (*legal entity*) est définie au titre 31, chapitre X, § 1010.230(e)(1), U.S. CFR: « *Legal entity customer means a corporation, limited liability company, or other entity that is created by the filing of a public document with a Secretary of State or similar office, a general partnership, and any similar entity formed under the laws of a foreign jurisdiction that opens an account* ». Le trust n'est pas compris dans cette définition.

<sup>415</sup> WHITE, Rz 131.

Les dispositions relatives à la vérification de l'identité de l'ayant droit économique ne s'appliquent pas aux *Money Services Businesses*<sup>416</sup> (titre 31, chapitre X, § 1010.230 (e)(2)(i), U.S. CFR), à certains conseillers en placement (titre 31, chapitre X, § 1010.230(e)(2)(v), U.S. CFR)<sup>417</sup>, aux assurances vie (titre 31, chapitre X, § 1010.230(e)(2)(xii), U.S. CFR), aux constituants (*settlor*) et aux protecteurs (*protector*) d'un trust. Or, selon le titre 31, chapitre X, § 1010.230(d)(3), U.S. CFR, le *trustee* est uniquement considéré comme étant l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales, si le trust détient directement ou indirectement 25% ou plus des parts d'une entité juridique qui est cliente de l'institution financière. Cette pratique des États-Unis ne permet pas de percer le voile juridique et d'identifier toutes les parties impliquées dans la constitution d'un trust.

Le processus utilisé pour vérifier l'identité de l'ayant droit économique des personnes physiques est le même que celui déployé pour identifier les clients (titre 31, chapitre X, § 1010.230(b)(2), U.S. CFR). Les banques (titre 31, chapitre X, § 1022.220(a)(2), U.S. CFR), les négociants en valeurs mobilières (titre 31, chapitre X, § 1023.220(a)(2), U.S. CFR), les fonds de placement (titre 31, chapitre X, § 1024.220(a)(2), U.S. CFR) ainsi que les *futures commission merchants* ou *introducing brokers in commodities* (titre 31, chapitre X, § 1026.220(a)(2), U.S. CFR), doivent vérifier l'identité de l'ayant droit économique dans la mesure du possible, selon une approche fondée sur les risques. Ces institutions financières peuvent vérifier l'identité de l'ayant droit économique en utilisant des documents listés dans la loi<sup>418</sup> (*verification through documents*) ou en se basant sur les indications reçues du client. Cela dit, les indications reçues doivent être vérifiées en recourant à une source indépendante (*verification through non-documentary methods*).

Les banques surveillées par un régulateur fédéral doivent, par exemple, disposer d'un processus écrit pour identifier les clients et les ayants droit économiques (*customer identification program, CIP*) adapté à leur taille, à leur orientation commerciale ainsi

---

<sup>416</sup> Les *Money Services Businesses* sont qualifiés d'institutions financières conformément au titre 31, chapitre X, § 1010.100(z)(ff), U.S. CFR. Ils exercent les activités suivantes: *Currency dealer or exchanger, check casher, issuer of traveler's checks, money orders or stored value, seller or redeemer of traveler's checks, money orders or stored value, money transmitter, U.S. Postal Service*, in: U.S. Department of the Treasury Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN), (<[www.fincen.gov](http://www.fincen.gov)>); consulter à ce titre: (<<https://www.fincen.gov/money-services-business-definition>> (22.11.2021).

<sup>417</sup> Les conseillers dans le domaine des valeurs mobilières sont seulement indirectement assujettis aux dispositions anti-blanchiment, à savoir lorsqu'ils sont affiliés à un groupe financier ou lorsqu'ils ont été mandaté par une institution financière assujettie (*outsourcing*).

<sup>418</sup> Pour les banques (titre 31, chap. X, § 1020.220(a)(2), U.S. CFR), pour les négociants en valeurs mobilières (titre 31, chap. X, § 1023.220(a)(2), U.S. CFR), pour les fonds de placement (titre 31, chap. X, § 1024.220(a)(2), U.S. CFR) et pour les *futures commission merchants* ou *introducing brokers in commodities* (titre 31, chap. X, § 1026.220, U.S. CFR).



qu'aux clients desservis (titre 31, chapitre X, § 1020.220(a)(1), U.S. CFR). Ce processus doit permettre à la banque de se forger une opinion raisonnable sur le fait qu'elle connaît la véritable identité de chaque client et ayant droit économique. En outre, elle doit mener une analyse des risques qui tient notamment compte de la taille et de la localisation et de la clientèle bancaire (titre 31, chapitre X, § 1020.220(2), U.S. CFR). Avant l'ouverture d'un compte, la banque doit obtenir un certain nombre d'informations minimales. Cela comprend notamment le nom, le prénom, la date de naissance, l'adresse et le domicile du client (titre 31, chapitre X, § 1020.220(2)(i)(A), U.S. CFR). La banque doit vérifier l'identité du client et de l'ayant droit économique dans un laps de temps raisonnable après l'ouverture de la relation d'affaires (titre 31, chapitre X, § 1020.220(2)(ii), U.S. CFR). Toutefois, les dispositions législatives ne précisent pas ce que l'on entend par *un laps de temps raisonnable*. Si la banque décide de vérifier l'identité de l'ayant droit économique d'une personne physique sur la base de documents (*verification through documents*), elle doit consulter les documents d'identification usuels, tels que le passeport ou le permis de conduire (titre 31, chapitre X, § 1020.220(2)(ii)(A)(1), U.S. CFR). La vérification par le biais d'une autre méthode (*verification through non-documentary methods*) comprend la prise de contact avec le client qui doit être complétée par une vérification indépendante des informations reçues en consultant par exemple des sources publiques, des banques de données ou en procédant à une comparaison des informations reçues avec celles détenues par d'autres institutions financières (titre 31, chapitre X, § 1020.220(2)(ii)(B)(1), U.S. CFR). Enfin et selon le titre 31, chapitre X, § 1020.220(a)(6)(i-iii), U.S. CFR, les banques, les négociants en valeurs mobilières (titre 31, chapitre X, § 1020.223(a)(6)(i-iii), U.S. CFR), les fonds de placement (titre 31, chapitre X, § 1020.224(a)(6)(i-iii), U.S. CFR) et les *futures commission merchants and introducing brokers in commodities* (titre 31, chapitre X, § 1020.226(a)(6)(i-iii), U.S. CFR) peuvent recourir aux informations que d'autres institutions financières ou leurs agents ont récoltées, si les conditions mentionnées au chapitre 6.1.3 relatives à la délégation des obligations de diligence à des tiers sont remplies.

Lors de l'ouverture d'une relation d'affaires avec des entités juridiques ou des personnes physiques, les institutions financières assujetties vérifient l'identité de l'ayant droit économique dans les limites du possible, ce qui implique que l'obligation de s'assurer de l'identité de l'ayant droit économique pourrait ne pas être absolue. Par ailleurs, les assurances sur la vie, certains conseillers en placement, les *Money Services Businesses*, les constituants (*settlor*) et les protecteurs (*protector*) d'un trust ne sont pas couverts par ces dispositions. Enfin, dans le cadre de la vérification de l'identité de l'ayant droit économique, les banques peuvent, si certaines conditions sont réunies, recourir aux informations récoltées par d'autres institutions financières ou leurs



agents. Lors du quatrième cycle d'évaluations mutuelles des États-Unis en 2016, le GAFI avait relevé que les institutions financières assujetties étaient tenues d'obtenir des informations sur les ayants droit économiques dans des circonstances spécifiques et limitées. Cela comprenait les comptes correspondants, utilisés comme des comptes courants et les comptes de *private banking* avec des AuM supérieurs à 1 million USD pour des clients étrangers (*non-U.S. clients*). Par ailleurs, le GAFI avait souligné que certains secteurs n'étaient pas soumis à l'obligation de vérifier l'identité de l'ayant droit économique et que les institutions financières n'étaient pas tenues de comprendre la structure de propriété et de contrôle des constructions juridiques. Lors de l'examen de suivi des États-Unis, la séance plénière du GAFI a décidé, en février 2020, de rehausser la notation globale de la R. 10/2012, bien qu'une partie importante du secteur financier ne soit toujours pas assujettie aux obligations de diligence et que des lacunes importantes demeurent<sup>419</sup>.

b) De lege ferenda

Le Congrès des États-Unis a adopté le *William (Mac) Thornberry National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2021 (U.S. NDAA)* dont fait partie intégrante la loi sur la lutte contre le blanchiment d'argent (*Anti-Money Laundering Act of 2020 (U.S. AML-Act)*). Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021. Le U.S. AML-Act modifie le *Bank Secrecy Act (BSA)* et ses dispositions d'application dans le *Code of Federal Regulations (CFR)*. Toutefois, la plupart des nouvelles exigences législatives doivent être précisées davantage par le *U.S. Treasury Department*. Par conséquent, elles ne trouveront application qu'après la promulgation par cette autorité des dispositions techniques qui s'y rapportent<sup>420</sup>.

S'agissant de la notion d'ayant droit économique d'entités juridiques, les nouvelles dispositions contiennent une définition qui diffère de celle prévue dans le *Code of Federal Regulations (CFR)* pour les institutions financières dans le cadre de l'accomplissement de leurs obligations de diligence. En effet, selon ces nouvelles dispositions, la notion d'ayant droit économique désigne, en ce qui concerne une entité juridique, une

---

<sup>419</sup> Cf. partie I, titre II, chapitre 3.1.4.

<sup>420</sup> DAVID MORTLOCK/BRITT MOSMAN/MICHAEL J. GOTTLIEB/WILLIAM J. STELLMACH/SAMUEL HALL/NIKKI M. CRONIN, *Anti-Money Laundering Act of 2020 Overhauls United States AML Framework*, 1<sup>er</sup> février 2021, p. 1, in: Willkie Farr & Gallagher LLP, New York, (<<https://www.willkie.com/>>), consulter à ce titre: <<https://www.willkie.com/-/media/files/publications/2021/01/antimoneylaunderingactof2020.pdf>> (22.11.2021); JEANINE MCGUINNESS/DANIEL NATHAN/BENJAMIN DOBKIN/MATTHEW MOSES/AMY WALSH/TIFFANY ROWE, *The Anti-Money Laundering Act of 2020*, p. 3, in: Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, New York, (<<https://www.orrick.com/>>), consulter à ce titre: <<https://s3.amazonaws.com/cdn.orrick.com/files/AML-Act-2020-Overview.pdf>> (22.11.2021).

personne physique qui, directement ou indirectement, par le biais d'un contrat, d'un arrangement, d'un accord, d'une relation d'affaires ou de toute autre manière:

- exerce un contrôle important sur l'entité; ou
- possède ou contrôle au moins 25 % des droits de propriété d'une entité<sup>421</sup>.

S'agissant des dispositions relatives aux obligations de diligence s'appliquant aux institutions financières, la définition des ayants droit économiques d'entités juridiques, au sens du titre 31, chapitre X, § 1010.230(d), U.S. CFR, est la suivante:

- tout individu qui possède directement ou indirectement, par le biais d'un contrat, d'un arrangement, d'un accord, d'une relation ou autre, 25 % ou plus des parts d'une entité juridique; ou
- tout individu ayant une responsabilité importante dans le contrôle, la gestion ou la direction d'une entité juridique, y compris: (i) un cadre dirigeant ou un cadre supérieur (par exemple, un directeur général, un directeur financier, un directeur opérationnel, un membre dirigeant, un associé, un président, un vice-président ou un trésorier); ou (ii) tout autre individu qui exerce régulièrement des fonctions similaires.
- Des dispositions particulières sont prévues pour les trusts<sup>422</sup>.

Par ailleurs, il est prévu que les *reporting companies*, à savoir les *corporations*, les *limited liability companies* ou toute société similaire, créée aux États-Unis ou encore toute société de droit étranger déployant ses activités aux États-Unis, doivent déclarer leurs ayants droit économiques à FinCEN à l'avenir (U.S. NDAA, section F, p. 1220, titre LXIV, CTA, section 6403, § 5336(a)(11)(A)(i)(ii), U.S. AML-Act). Toutefois, cette obligation ne s'applique pas aux sociétés qui:

- occupent plus de 20 employés à plein temps<sup>423</sup>;
- génèrent des recettes brutes ou des ventes dépassant 5 millions USD<sup>424</sup>; et
- exercent une activité opérationnelle dans des locaux situés aux États-Unis<sup>425</sup>.

La définition de *reporting companies* exclut de nombreux types d'entités, qui ne sont pas non plus soumises aux obligations de diligence au sens du U.S. CFR, ce qui comprend notamment les:

- entreprises états-uniennes cotées en bourse (*issuers*);

---

<sup>421</sup> U.S. NDAA, section F, p. 1219, titre LXIV, CTA, section 6403, § 5336(a)(3)(A)(i)(ii), U.S. AML-Act.

<sup>422</sup> Cf. note de bas de page n° 412.

<sup>423</sup> U.S. NDAA, section F, p. 1220, titre LXIV, CTA, section 6403, § 5336(a)(11)(B)(xxi)(I), U.S. AML-Act.

<sup>424</sup> U.S. NDAA, section F, p. 1222, titre LXIV, CTA, section 6403, § 5336(a)(11)(B)(xxi)(II)(aa)(bb), U.S. AML-Act; Cette limite s'applique aussi aux sociétés détenues par les *reporting companies* et celles par l'intermédiaire desquelles elles opèrent.

<sup>425</sup> U.S. NDAA, section F, p. 1223, titre LXIV, CTA, section 6403, § 5336(a)(11)(B)(xxi)(III), U.S. AML-Act.

- banques, *credit unions*, *bank holding companies*, *money transmitting businesses*, *broker-dealers* et les bourses ou autres agences de *clearing*;
- *registered investment companies and investment advisors*;
- sociétés d'assurance, telles que définies dans l'*U.S. Investment Company Act of 1940*;
- *futures commission merchants*, *introducing brokers*, *swap dealers*, *major swap participants*, *commodity pool operators*, *commodity trading advisors* et d'autres entités, telles que définies dans le *U.S. Commodity Exchange Act*;
- *registered public accounting firms*;
- *designated financial market utilities*;
- véhicules d'investissement collectifs gérés ou conseillés par les banques, *credit unions*, *broker-dealers* ou les *registered investment companies* et les conseillers.

Enfin, la définition de *reporting companies* exclut aussi les *registered money transmitting businesses*, les *U.S. public utilities*, les organisations politiques ou à but non lucratif exonérées d'impôts ainsi que les entités détenues ou contrôlées par celles-ci. Par ailleurs, ladite définition exclut aussi certaines entités n'exerçant pas une activité commerciale, ne détenant pas d'actifs, n'ayant pas changé de propriétaire ou transféré plus de 1000 USD au cours des derniers 12 mois, et qui ne sont pas détenues directement ou indirectement, par une personne étrangère<sup>426</sup>.

Le *U.S. Treasury Department* est tenu de promulguer les dispositions techniques d'application dans un délai d'un an après l'entrée en vigueur du *U.S. AML-Act*, à savoir le 1<sup>er</sup> janvier 2022 (*U.S. NDAA*, section F, p. 1227, titre LXIV, CFT, section 6403, § 5336(a)(14)(b)(5), *U.S. AML-Act*). L'obligation de déclarer l'ayant droit économique d'entités prendra effet à la date de l'entrée en vigueur de ces dispositions d'application. Enfin, le *U.S. AML-Act* exige que le *U.S. Secretary of Treasury* publie les priorités de la politique en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et de financement du terrorisme après avoir consulté les autres autorités concernées (titre 31, § 5318(h)(4)(A) *U.S.C.* tel que modifié par le § 6101(b)(2)(C), *U.S. AML-Act*). Le 30 juin 2021, FinCEN, qui est rattachée au *U.S. Treasury Department*, a publié les priorités nationales élaborées avec les autres autorités<sup>427</sup> qui sont les suivantes :

---

<sup>426</sup> *U.S. NDAA*, section F, p. 1220, titre LXIV, CTA, section 6403, § 5336(a)(11)(B) et suivants, *U.S. AML-Act*; voir à ce sujet aussi la liste dans l'article juridique de JEANINE MCGUINNESS/DANIEL NATHAN/BENJAMIN DOBKIN/MATTHEW MOSES/AMY WALSH/TIFFANY ROWE, *The Anti-Money Laundering Act of 2020*, p. 4, in: Orrick, Herington & Sutcliffe LLP, New York, (<<https://www.orrick.com/>>), consulter à ce titre: <<https://s3.amazonaws.com/cdn.orrick.com/files/AML-Act-2020-Overview.pdf>> (22.11.2021).

<sup>427</sup> *Board of Governors of the Federal Reserve System, Federal Deposit Insurance Corporation, National Credit Union Administration, Office of the Comptroller of the Currency, State Bank and Credit Union Regulators, U.S. Securities and Exchange Commission, Commodity Futures Trading Commission, Internal Revenue Service, State financial regulators.*

- la corruption;
- la cybercriminalité et sécurité ainsi que les cryptomonnaies;
- le financement du terrorisme national et international;
- l'escroquerie;
- les activités transnationales des organisations criminelles;
- le trafic de stupéfiants des organisations criminelles;
- la traite et le trafic d'êtres humains;
- le financement de la prolifération.

La publication de ces priorités ne modifie pas pour le moment les dispositions pertinentes du *Bank Secrecy Act (BSA)* et n'entraîne aucun changement dans la surveillance courante exercée sur les banques au sens du titre 31, § 1010.100(d) CFR ainsi que sur les autres institutions financières et entités non bancaires<sup>428</sup> qui doivent mettre en œuvre un programme de lutte contre le blanchiment d'argent. Toutefois, dans les 180 jours suivant l'élaboration de ces priorités nationales et après avoir consulté les autorités concernées, soit le 31 décembre 2021, FinCEN doit promulguer la réglementation qui s'y rapporte (titre 31, § 5318(h)(4)(A) U.S.C. tel que modifié par le § 6101 (b)(2)(C) U.S. AML-Act).

Les nouvelles dispositions anti-blanchiment états-uniennes excluent de nombreuses entités de l'obligation d'annoncer l'ayant droit économique. Elles s'appliquent principalement aux *shell companies*<sup>429</sup> et aux sociétés de petite taille<sup>430</sup>, de sorte que l'impact de ces nouvelles mesures semble limité, pour deux raisons: d'une part, la vulnérabilité du pays à l'utilisation de structures complexes à des fins de blanchiment d'argent; et, d'autre part, la taille importante du secteur (en 2016, le nombre d'entités juridiques actives aux États-Unis s'élevait à 30 millions)<sup>431</sup>.

---

<sup>428</sup> *Banks without a Federal functional regulator (titre 31, § 1020.210(b), CFR); casinos and card clubs (titre 31, § 1021.210, CFR); Money Services Businesses (titre 31, § 1022.210, CFR); brokers or dealers in securities (titre 31, § 1023.210, CFR); mutual funds (titre 31, § 1024.210, CFR); insurance companies (titre 31, § 1025.210, CFR); futures commission merchants and introducing brokers in commodities (titre 31, § 1026.210, CFR); dealers in precious metals, precious stones, or jewels (titre 31, § 1027.210, CFR); operators of credit card systems (titre 31, § 1028.210, CFR); loan or finance companies (titre 31, § 1029.210, CFR); housing government sponsored enterprises (titre 31, § 1030.210, CFR).*

<sup>429</sup> Selon le titre 17, chapitre II, § 230.405, U.S. CFR la définition de *shell company* est la suivante: «*The term shell company means a registrant, other than an asset-backed issuer as defined in Item 1101(b) of Regulation AB (§ 229.1101(b) of this chapter), that has: 1) No or nominal operations; and 2) Either: (i) No or nominal assets; (ii) Assets consisting solely of cash equivalents; or (iii) Assets consisting of any amount of cash equivalents and nominal other assets.*»

<sup>430</sup> JEANINE MCGUINNESS/DANIEL NATHAN/BENJAMIN DOBKIN/MATTHEW MOSES/AMY WALSH/TIFFANY ROWE, *The Anti-Money Laundering Act of 2020*, p. 4, in: Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, New York, (<<https://www.orrick.com/>>), consulter à ce titre: <<https://s3.amazonaws.com/cdn.orrick.com/files/AML-Act-2020-Overview.pdf>> (22. 11. 2021).

#### 5.1.4 Comparaison des trois modèles et conclusion

Les dispositions suisses, allemandes et des États-Unis prévoient des définitions de la notion d'ayant droit économique qui diffèrent selon qu'il s'agit d'entités juridiques, de sociétés de personnes ou de personnes physiques. Dans les trois pays, la vérification de l'identité de l'ayant droit économique d'entités juridiques obéit à des règles différentes que celles s'appliquant aux personnes physiques. Par ailleurs, l'Allemagne est le seul pays à avoir introduit un registre de transparence électronique pour la saisie des ayants droit économiques de personnes morales de droit privé et des sociétés de personnes. Les nouvelles dispositions états-uniennes prévoient l'introduction d'un registre de transparence, mais celui-ci est limité aux *shell companies* et aux sociétés de petite taille, occupant moins de 20 employés et générant des recettes brutes ou des ventes dépassant 5 millions USD. En ce qui concerne la vérification de l'identité des personnes physiques au moment de l'entrée en relation d'affaires, il existe des différences parmi les trois modèles législatifs :

La Suisse applique une approche basée sur les risques prévoyant que l'intermédiaire financier doit requérir une déclaration écrite sur l'ayant droit économique en cas de doute. En revanche, en cas de sociétés opérationnelles, de sociétés de domicile ou d'autres entités juridiques, une déclaration écrite sur l'ayant droit économique doit toujours être exigée par l'intermédiaire financier. L'Assemblée fédérale a adopté le 19 mars 2021 la révision de la LBA qui prévoit désormais que l'identité de l'ayant droit économique doit être vérifiée systématiquement selon une approche basée sur les risques (art. 4, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, nLBA<sup>432</sup>). À cet effet, la simple vérification d'un document d'identité n'est pas suffisante.

Le modèle allemand prévoit quant à lui qu'en cas de personnes physiques et morales, de sociétés de personnes ou si le cocontractant agit pour le compte d'un tiers, l'identité de l'ayant droit économique doit être vérifiée en suivant une approche orientée sur les risques. S'agissant des personnes morales et d'autres sociétés de personnes, il suffit en principe de vérifier si les informations collectées correspondent à celles figurant dans le registre de transparence. Ce n'est que s'il existe des doutes quant à l'identité

---

<sup>431</sup> FATF, fourth round mutual evaluation report, United States, 2016, executive summary, p. 4 et p. 153, key findings.

<sup>432</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341, p. 5342; voir aussi le texte adopté par l'Assemblée fédérale, in: Projet X 2019-0212 1 de la Commission de rédaction pour le vote final, Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA), modification du 19 mars 2021, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<https://www.parlament.ch/fr>), consulter à ce titre: (<https://www.parlament.ch/cen/ters/eparl/curia/2019/20190044/Texte%20pour%20le%20vote%20final%201%20NS%20F.pdf>) (22.11.2021); Modification du 19 mars 2021 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2021 668.

de l'ayant droit économique, à l'exactitude d'autres informations personnelles ou s'il existe des indices d'un risque accru au sens du § 15, al. 2, dGwG que des clarifications supplémentaires sont requises.

Enfin, le modèle des États-Unis ne couvre pas toutes les institutions financières. Ainsi, les assurances sur la vie, certains conseillers en placement, les *Money Services Businesses* ainsi que les constituants (*settlor*) et les protecteurs (*protector*) d'un trust ne sont pas couverts par les dispositions législatives pertinentes. En cas de personnes physiques et d'entités juridiques, la vérification doit se faire dans la mesure du possible, ce qui pourrait impliquer qu'il ne s'agit pas d'une obligation absolue. Par ailleurs, lors de l'ouverture d'une relation d'affaires, les banques doivent vérifier l'identité de l'ayant droit économique dans un laps de temps raisonnable. Toutefois, les dispositions législatives ne fixent pas une période temporelle maximale durant laquelle l'identité doit être vérifiée, ce qui est discutable, car entre-temps des transactions peuvent par exemple avoir lieu sans que les banques connaissent l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales déposées. Dans ce contexte, il convient de relever que le modèle allemand prévoit que les institutions financières assujetties peuvent à certaines conditions réutiliser les données récoltées auparavant par un tiers pour identifier l'ayant droit économique. Les États-Unis prévoient une disposition similaire qui toutefois contient des conditions moins strictes que celles prévues par la loi anti-blanchiment allemande. Le modèle suisse ne prévoit pas une telle disposition mais uniquement la possibilité de déléguer certaines obligations de diligence à des tiers (art. 28 et 29 OBA-FINMA).

L'analyse montre comment les trois pays interprètent et appliquent de manière différente le critère 10.5 relatif à la R. 10/2012 du GAFI. Par ailleurs, le GAFI lui-même n'a pas fait preuve d'une mise en œuvre homogène de son propre standard: dans le cas de la Suisse, le rapport critique l'absence d'une obligation explicite de vérifier systématiquement le statut de l'ayant droit économique. Dans le cas des États-Unis, le GAFI a accepté que certains intermédiaires financiers ne doivent pas vérifier l'identité des ayants droit économiques. En Allemagne, les assujettis peuvent, en cas de personnes physiques et morales, de sociétés de personnes ou si le cocontractant agit pour le compte d'un tiers, vérifier l'identité de l'ayant droit économique en suivant une approche orientée sur les risques. S'agissant des personnes morales et d'autres sociétés de personnes, il suffit de vérifier si les informations collectées correspondent à celles figurant dans le registre de transparence. La position du GAFI sur le modèle allemand reste inconnue à ce jour, compte tenu de l'évaluation mutuelle en cours.

## 5.2 Gestion des risques en cas de sociétés de domicile ou d'autres structures selon le GAFI

La R. 10/2012 du GAFI contient des consignes liées au devoir de vigilance relatif à la clientèle et aux mesures renforcées à adopter en cas de risques plus élevés<sup>433</sup>. Notre analyse portera sur le critère 10.8 prévoyant que «*Pour les clients qui sont des personnes morales ou des constructions juridiques, les institutions financières devraient être obligées de comprendre la nature de leur activité ainsi que leur structure de propriété et de contrôle.*»<sup>434</sup>

La note interprétative relative à la R. 10/2012 prévoit que, lorsque les institutions financières accomplissent les obligations de diligence relatives aux clients qui sont des personnes morales ou des constructions juridiques, elles ne doivent pas seulement procéder aux mesures d'identification et de vérification, mais aussi comprendre la nature de l'activité et de la structure de propriété. Il s'ensuit que les mesures relatives à l'identification et à la vérification de l'identité du client et de l'ayant droit économique ont un double effet: elles visent à prévenir l'utilisation illicite des personnes morales et des constructions juridiques par une compréhension suffisante du client et du risque de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme et à prendre des mesures appropriées pour les atténuer<sup>435</sup>.

Dans ce contexte, les procédures d'*enforcement* menées par la FINMA ces dernières années ont révélé que, dans 50% des cas, les relations d'affaires avec les intermédiaires financiers impliquent des ayants droit économiques détenant de nombreuses sociétés de domicile ou des comptes<sup>436</sup>. Cependant, il n'est pas nouveau que la complexité des structures juridiques peut accroître les risques de blanchiment d'argent<sup>437</sup>.

Dans le chapitre suivant, nous analyserons comment la Suisse, l'Allemagne et les États-Unis assurent la transparence en cas de sociétés de domicile ou en présence d'autres structures juridiques conformément aux exigences du GAFI.

### 5.2.1 Selon le droit suisse

De manière générale, pour les clients qui sont des personnes morales ou des constructions juridiques, les intermédiaires financiers suisses doivent comprendre la nature de leur activité ainsi que leur structure de propriété et de contrôle. L'art. 6, al. 1, LBA,

---

<sup>433</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version anglaise mise à jour en octobre 2021), R. 10/2012, p. 68, par. 15.

<sup>434</sup> Méthodologie du GAFI, 2013, (mise à jour en novembre 2020), p. 47, critère 10.8.

<sup>435</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version anglaise mise à jour en octobre 2021), R. 10/2012, p. 64 à 65, par. 5.

<sup>436</sup> Le lecteur est renvoyé au graphique 4 qui illustre les caractéristiques des relations d'affaires impliquées dans les procédures d'*enforcement* de la FINMA ces dernières années; cf. partie II, titre I, chapitre 2.11.5.

<sup>437</sup> FINMA, Rapport annuel 2019, p. 28.

prévoit que l'intermédiaire financier est tenu d'identifier l'objet et le but de la relation d'affaires souhaitée par le cocontractant. L'étendue des informations à collecter, le niveau hiérarchique compétent pour décider de l'ouverture ou de la poursuite d'une relation d'affaires ainsi que la fréquence des contrôles sont décidés en fonction du risque que représente le cocontractant. L'art. 9a OBA-FINMA, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020, dispose que l'intermédiaire financier doit clarifier les motifs du recours par le client à des sociétés de domicile. Cela dit, l'obligation de clarification ancrée à l'art. 9a OBA-FINMA, ne constitue pas une nouveauté car, aux termes de l'art. 6, al. 1, OBA-FINMA, les intermédiaires financiers sont déjà tenus d'identifier le but de la relation d'affaires souhaitée par le client<sup>438</sup>.

Selon l'art. 13, al. 1, OBA-FINMA, l'intermédiaire financier doit fixer des critères signalant la présence de risques accrus. Il doit déterminer si chaque critère mentionné à l'art. 13, al. 2, OBA-FINMA est pertinent pour son activité. Le cas échéant, il doit en tenir compte pour identifier ses relations d'affaires comportant des risques accrus (art. 13, al. 2<sup>bis</sup>, OBA-FINMA). Entrent notamment en considération les critères suivants: la nature de l'activité du cocontractant ou de l'ayant droit économique (art. 13, al. 2, let. b, OBA-FINMA) et, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020, la complexité des structures, notamment en cas d'utilisation de plusieurs sociétés de domicile ou d'une société de domicile avec actionnaires fiduciaires dans une juridiction non transparente, sans raison manifestement compréhensible ou à des fins de placement de valeurs patrimoniales à court terme (art. 13, al. 2, let. h, OBA-FINMA).

Enfin, l'annexe de l'OBA-FINMA contient une liste exemplative d'indices de blanchiment d'argent que les intermédiaires financiers doivent observer. Lors de l'évaluation mutuelle en 2016, le GAFI a considéré que les intermédiaires financiers suisses vérifient, dans le cadre du respect de leur obligation de diligence, le but et l'objet de la relation d'affaires conformément à l'art. 6, al. 1, LBA, ce qui implique qu'ils prennent connaissance de la nature de l'activité du client<sup>439</sup>.

### 5.2.2 Selon le droit allemand

Les assujettis allemands doivent clarifier le but et le type de la relation d'affaires souhaitée par le client, dans la mesure où ces informations ne résultent pas déjà clairement de la relation d'affaires souhaitée (§ 10, al. 1, ch. 3, dGwG). L'étendue des clarifications dépend du risque de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme du cocontractant, de la relation d'affaires ou de la transaction (§ 10, al. 2, dGwG et § 15, al. 2, dGwG). Les assujettis doivent appliquer des mesures de vigilance renforcées, si sur la base de l'analyse des risques ou dans des cas individuels, en tenant

---

<sup>438</sup> FINMA, Rapport explicatif OBA-FINMA, 2017, p. 18, chap. 3.1.2.2 *in fine*.

<sup>439</sup> Cf. 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2016, Annexe sur la conformité technique, critère 10.8, p. 196.



compte des facteurs de risque indiqués dans les annexes 1 et 2 dGwG, ils arrivent à la conclusion qu'un risque plus élevé de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme pourrait exister. Les assujettis décident de l'étendue et de la portée concrète des mesures à entreprendre (§ 15, al. 2, dGwG). Par ailleurs, le § 15, al. 3, dGwG, contient une liste exemplative de facteurs de risque<sup>440</sup> dont ils doivent tenir compte lors de leur analyse. Dans le cadre de l'évaluation du risque, les assujettis doivent, s'il y a lieu, également tenir compte des orientations sur les facteurs de risque<sup>441</sup> de l'Autorité bancaire européenne (ABE). Ces orientations prévoient qu'un facteur de risque accru pourrait être réalisé en cas d'utilisation de structures juridiques complexes, telles que les fiducies, les trusts ou les véhicules d'investissement privés, en particulier si elles sont structurées de façon à profiter de l'anonymat et permettent de conclure des transactions avec des sociétés écrans ou des sociétés dont le capital est détenu par des actionnaires apparents<sup>442</sup>. Par ailleurs, si un risque accru est réalisé, l'établissement doit veiller à ce que le recours à des structures juridiques complexes par les clients soit légitime<sup>443</sup>. En outre, l'annexe 2, dGwG, contient une liste exemplative de facteurs pouvant indiquer un risque élevé selon le § 15, dGwG. Il s'agit de relations d'affaires avec des personnes morales ou de constructions juridiques utilisées comme des instruments pour la gestion de fortune privée (annexe 2, ch. 1, let. c, dGwG) ou lorsque la structure de propriété d'une société apparaît excessivement compliquée compte tenu du type d'activité exercée (annexe 2, ch. 1, let. f, dGwG). Enfin, des produits et des transactions pouvant favoriser l'anonymat peuvent comporter des risques accrus (annexe 2, ch. 2, let. b, dGwG).

En guise de conclusion, il sied de rappeler que l'Allemagne a établi un registre de transparence (§ 19 s. dGwG) recensant les ayants droit économiques des personnes morales de droit privé, des sociétés de personnes enregistrées, des trusts, des fondations sans personnalité juridique et d'autres structures juridiques similaires. Ce registre ne contient pas seulement le nom et le prénom, la date de naissance, le lieu de domicile et toutes les nationalités de l'ayant droit économique, mais aussi des informations relatives à la nature et à l'étendue de l'intérêt économique de ce dernier (§ 19, al. 1, ch. 4, dGwG). Compte tenu de ces impératifs, l'Allemagne devrait pouvoir satisfaire aux exigences du GAFI lors du quatrième cycle d'évaluations mutuelles.

---

<sup>440</sup> L'article 15, al. 2, dGwG contient une clause générale comprenant des constellations qui ne sont pas expressément mentionnées au § 15, al. 3, dGwG; cf. Frankfurter Kommentar dGwG-GLAAB ad § 15, dGwG, N 14. Dans le même sens BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 62, chap. 7.1.

<sup>441</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 62, chap. 7.1.

<sup>442</sup> Orientations communes sur les facteurs de risque, p. 23, par. 2.17.

<sup>443</sup> Orientations communes sur les facteurs de risque, p. 32, par. 4.15, let. b.

### 5.2.3 Selon le droit des États-Unis

La réglementation des États-Unis prévoit que les banques (titre 31, chapitre X, § 1020.210(b)(5)(i)), U.S. CFR), les négociants en valeurs mobilières (titre 31, chapitre X, § 1023.210(b)(5)(i), U.S. CFR), les fonds de placements (titre 31, chapitre X, § 1024.210(b)(5)(i), U.S. CFR) ainsi que les *futures commission merchants* ou *introducing brokers in commodities* (titre 31, chapitre X, § 1026.220(b)(5)(i), U.S. CFR) doivent disposer de directives qui comprennent des processus basés sur les risques afin de mettre en œuvre les obligations de diligence. Ces processus doivent notamment prévoir que l'institution financière doit développer une compréhension de la nature et du but de la relation d'affaires avec le client, afin de développer un profil de risque. Toutefois, cette obligation ne s'applique pas aux assurances sur la vie, à certains conseillers en placement, aux *Money Services Businesses* et aux constituants (*settlor*) et protecteurs (*protector*) d'un trust.

Les dispositions législatives ne spécifient pas les catégories ou les facteurs de risque dont les institutions financières doivent tenir compte. Toutefois, le manuel AML du *Federal Financial Institutions Examination Council (FFIEC)* applicable aux institutions financières (ci-après: le Manuel) contient des consignes à cet égard. À titre d'exemple, le Manuel précise que pour évaluer le risque d'un groupe de clients, les banques doivent prendre notamment en considération les produits et les services proposés, les clients ou les entités impliqués, les transactions réalisées ainsi que la localisation géographique du client. La banque est toutefois libre dans l'appréciation du risque et dans la catégorisation du risque des clients. Cela dit, le Manuel contient une liste exemplative de facteurs de risque relatifs aux produits et aux services proposés ainsi qu'aux clients et aux entités desservis. Parmi ces facteurs figurent les trusts, les sociétés *offshore*, comme les sociétés de domicile nationales ou les *private investment companies* ou encore les *international business corporations* domiciliés dans des pays à haut risque<sup>444</sup>.

Lors du quatrième cycle d'évaluations mutuelles des États-Unis en 2016, le GAFI a relevé que les dispositions états-uniennes ne prévoyaient pas d'obligation générale pour toutes les catégories d'institutions financières assujetties de comprendre la propriété et le contrôle des entités légales ou des constructions juridiques de leurs clients<sup>445</sup>. Pourtant, la séance plénière du GAFI a décidé en février 2020, de rehausser la notation globale de la R. 10/2012. On notera qu'à ce jour une partie importante du secteur financier n'est toujours pas assujettie à cette obligation<sup>446</sup>.

---

<sup>444</sup> FFIEC, Anti-money laundering manual, p. 20 à 21.

<sup>445</sup> FATF, fourth round mutual evaluation report, United States, 2016, Technical Compliance Annex, p. 201, critère 10.8.

<sup>446</sup> GAFI, Rapport de suivi des États-Unis, mars 2020, p. 2 à 3.

#### 5.2.4 Comparaison des trois modèles et conclusion

Les trois modèles législatifs contiennent des dispositions prévoyant que les institutions financières assujetties doivent clarifier le but de la relation d'affaires en suivant une approche basée sur les risques. Les dispositions législatives suisses et allemandes contiennent chacune une annexe avec des indices de risque accru, en particulier en cas d'utilisation de structures juridiques par les clients. Par ailleurs, la réglementation allemande fait explicitement référence aux orientations du *Joint Committee European Supervisory Authorities* prévoyant que l'utilisation de structures juridiques complexes, telles que les fiducies, les trusts ou les véhicules d'investissement privés peuvent représenter un risque accru. Les dispositions législatives des États-Unis ne couvrent pas toutes les institutions financières et ne contiennent pas non plus une liste exemplative avec des facteurs de risque. Toutefois le Manuel AML du FFIEC contient des indicateurs de risque que les banques peuvent intégrer dans leurs directives de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. La Suisse est le seul pays qui a une disposition législative spécifique prévoyant que les intermédiaires financiers doivent clarifier les motifs du recours à une société de domicile par leurs clients, ce qui la place dans une position pionnière par rapport à l'Allemagne et aux États-Unis.

## 6. Recours à des tiers

De nombreux intermédiaires financiers font usage de la possibilité de déléguer à des tiers spécialisés l'identification du cocontractant, de l'ayant droit économique ou d'un éventuel représentant ainsi que les clarifications y afférentes. Par la délégation d'un certain nombre d'obligations de diligence à des tiers, les institutions financières peuvent se concentrer sur leur activité principale, réduire les coûts engendrés par des processus laborieux et tirer profit des ressources ainsi libérées. Toutefois, une telle délégation comporte aussi des risques, notamment lorsque le tiers n'exécute pas correctement sa fonction ou lorsque l'institution financière ne vérifie pas la bonne exécution des tâches déléguées. Dans ce contexte, les procédures d'*enforcement* menées par la FINMA ces dernières années ont révélé que, dans 27% des cas, les intermédiaires financiers ont fait recours à des gérants de fortune indépendants et que, dans 14% des cas, les établissements bancaires ont violé leurs devoirs de contrôle de l'identification des cocontractants déléguée à des gérants de fortune indépendants<sup>447</sup>.

Dans le chapitre suivant, nous analyserons comment la Suisse, l'Allemagne et les États-Unis ont mis en œuvre la délégation des obligations de diligence à des tiers conformément aux exigences du GAFI.

---

<sup>447</sup> Le lecteur est renvoyé aux graphiques 4 et 5 qui illustrent les caractéristiques des relations d'affaires impliquées et les violations du droit identifiées par la FINMA ces dernières années; cf. partie II, titre I, chapitre 2.11.5.

## 6.1 Responsabilité en cas de délégation des obligations de diligence selon le GAFI

La R. 17/2012 du GAFI régit la délégation à des tiers des obligations de diligence<sup>448</sup>. Toutefois, cette recommandation ne s'applique pas aux relations d'affaires qui ont été externalisées (*outsourcing*)<sup>449</sup>. La R. 17/2012 est subdivisée en 3 critères d'évaluation<sup>450</sup>. Notre analyse portera sur le critère 17.1 prévoyant que «*Si les institutions financières sont autorisées à recourir à des institutions financières et à des entreprises et professions non financières désignées tierces pour s'acquitter des points a à c des mesures de vigilance relatives à la clientèle prévues dans la Recommandation 10 (identification du client, identification du bénéficiaire effectif et compréhension de la nature de l'activité) ou pour jouer le rôle d'apporteur d'affaires, la responsabilité finale de la mise en œuvre des mesures de vigilance relatives à la clientèle reste celle de l'institution financière ayant eu recours au tiers.*»<sup>451</sup> Les let. a à c du critère 17.1 prévoient en outre que l'institution financière doit être en mesure d'obtenir immédiatement les informations nécessaires et de s'assurer que le tiers est soumis à une surveillance adéquate, qu'il respecte la réglementation en la matière, qu'il est en mesure de transmettre immédiatement la documentation pertinente, et qu'il a pris des mesures pour respecter les obligations de diligence et de conservation des documents<sup>452</sup>.

### 6.1.1 Selon le droit suisse

Selon la législation suisse, une délégation des obligations de diligence à des tiers n'est possible que de manière limitée, à savoir au niveau de la vérification de l'identité du cocontractant, de l'ayant droit économique et du détenteur du contrôle ainsi que pour d'éventuelles clarifications complémentaires requises dans ce contexte. L'art. 28, al. 1, OBA-FINMA prévoit que l'intermédiaire financier peut, par convention écrite, déléguer à des personnes ou à des entreprises la vérification de ces informations dès lors qu'il a soigneusement sélectionné le tiers concerné, qu'il lui a donné des instructions sur les tâches à accomplir et qu'il est en mesure de contrôler si le tiers concerné respecte les obligations de diligence.

Selon l'art. 28, al. 2, OBA-FINMA, l'intermédiaire financier peut confier, sans convention écrite, les tâches liées au respect de ces obligations de diligence à un service au sein du groupe. Il faut pour ce faire que les normes de diligence applicables

---

<sup>448</sup> Les recommandations du GAFI, 2012, (version anglaise, mise à jour en octobre 2020), R. 17/2012, p. 18.

<sup>449</sup> Cf. Méthodologie du GAFI, 2013, (mise à jour en novembre 2020), p. 64, note de bas de page n° 59.

<sup>450</sup> Méthodologie du GAFI, 2013, (mise à jour en novembre 2020), p. 64.

<sup>451</sup> Méthodologie du GAFI, 2013, (mise à jour en novembre 2020), p. 64, critère 17.1.

<sup>452</sup> Méthodologie du GAFI, 2013, (mise à jour en novembre 2020), p. 64, critère 17.1, let. a à c.

soient équivalentes. En outre, selon le même alinéa l'intermédiaire financier peut déléguer ses obligations à un autre intermédiaire financier si celui-ci est assujéti à une surveillance et à une réglementation équivalente et s'il a pris des mesures lui permettant de la respecter. Selon l'art. 28, al. 3, OBA-FINMA le tiers auquel il est fait recours n'est pas autorisé à recourir aux services d'autres personnes ou entreprises (subdélégation).

L'art. 29 OBA-FINMA, précise que l'intermédiaire financier continue de répondre au regard du droit de la surveillance, et, dans tous les cas, de la bonne exécution des tâches pour lesquelles il a recouru aux services de personnes et d'entreprises selon l'art. 28 OBA-FINMA. Dans son dossier, il doit disposer d'une copie des documents ayant servi à remplir les obligations de diligence. Par ailleurs, il doit se faire confirmer par écrit que les copies qu'il a reçues sont conformes aux documents originaux. Il examine lui-même la plausibilité des résultats et des clarifications complémentaires faites par les tiers.

Lors de l'évaluation mutuelle en 2016, le GAFI a considéré que le dispositif suisse relatif à la délégation d'un nombre limité d'obligations de diligence à des tiers est en grande partie conforme à la R. 17/2012, mais qu'il ne prend pas suffisamment en compte le risque lié au pays où peuvent être établis les tiers<sup>453</sup>.

#### 6.1.2 Selon le droit allemand

Le droit allemand opère une différence entre le recours à des tiers<sup>454</sup> sans conclusion de convention écrite (§ 17, al. 1, dGwG) et le recours à d'autres personnes et entreprises exigeant la conclusion d'une telle convention (§ 17, al. 5, dGwG). Le recours à des tiers et à d'autres personnes ou entreprises domiciliés dans des pays à risque accru est en principe exclu (§ 17, al. 2, dGwG)<sup>455</sup>.

---

<sup>453</sup> Cf. 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2016, Annexe sur la conformité technique, R. 17/2012, pondération et conclusion, p. 209.

<sup>454</sup> Selon le § 17, al. 1, ch. 1 à 3, dGwG, la notion de tiers comprend les assujétiés selon le § 2, al. 1, dGwG; les assujétiés dans un autre pays de l'UE selon l'art. 2, al. 1, de la Directive UE 2015/849 ou dans un État parti à l'accord sur l'Espace économique européen; les organisations ou associations d'assujétiés au sein de l'UE ou de l'accord sur l'Espace économique européen ou les assujétiés et les personnes domiciliés dans un État tiers (ne présentant pas un risque accru) à condition qu'ils mettent en œuvre les obligations de diligence et de conservation de documents conformément à la Directive UE 2015/849 et dont le respect est surveillé de manière conforme au chapitre IV, par. 2, de la Directive UE 2015/849; cf. BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 66 à 67, chap. 8.1. Sont considérés comme des États tiers, selon le § 1, al. 17, ch. 1 à 2, dGwG, les États qui ne sont pas membres de l'UE et qui ne sont pas des États parties à l'accord sur l'Espace économique européen.

<sup>455</sup> L'interdiction relative aux tiers domiciliés dans des États tiers présentant des risques accrus (§ 17, al. 2, dGwG), s'applique par analogie aux autres personnes et entreprises; cf. BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 68, chap. 8.2. Toutefois, les succursales et les sociétés filles domiciliées dans l'UE, qui sont majoritairement contrôlées par des assujétiés domiciliés dans l'UE conformément à l'art. 2, al. 1, de la Directive

En cas de recours à des tiers, aucun contrôle particulier n'est requis, toutefois l'assujetti reste responsable de la bonne exécution des obligations qu'il a déléguées (§ 17, al. 1, dGwG)<sup>456</sup>. Dans le cas contraire, une convention écrite est nécessaire et, avant de déléguer des tâches, l'assujetti doit vérifier si les personnes et entreprises choisies sont adéquates, fiables et si elles respectent les dispositions de loi anti-blanchiment allemande. L'assujetti reste responsable des opérations effectuées par les personnes et entreprises choisies (§ 17, al. 5, dGwG). Durant la période de délégation, l'assujetti doit s'assurer de l'adéquation et de la régularité des travaux effectués en faisant des contrôles par échantillonnage (§ 17, al. 7, dGwG) et doit instruire les personnes et entreprises sur les tâches à accomplir<sup>457</sup>. Enfin, le recours à d'autres personnes et entreprises ne doit pas violer la loi anti-blanchiment allemande, entraver les mesures de contrôle et de surveillance en place ou encore les pouvoirs d'intervention de l'autorité de surveillance (§ 17, al. 6, dGwG).

Les assujettis peuvent déléguer un nombre limité d'obligations de diligence prévues au § 10, al. 1, ch. 1 à 4, dGwG à des tiers ou à d'autres personnes et entreprises. Celles-ci sont les suivantes: l'identification du cocontractant et du représentant, l'identification ainsi que les clarifications relatives aux ayants droit économiques, l'analyse des informations relatives au but de la relation d'affaires souhaitée, les clarifications relatives au cocontractant ou au représentant sur la qualité de PPE/de membre de la famille ou de proche d'une PPE.

Le recours à un tiers, à d'autres personnes ou entreprises est soumis aux conditions cumulatives suivantes:

- s'ils sont domiciliés dans un pays à risque accru, le mandat qui leur est confié dans le cadre de l'accomplissement des obligations de diligence est limité aux exceptions prévues au § 17, al. 2, ch. 1 à 2, dGwG.
- ils doivent transmettre sans délai toutes les copies des informations requises, y compris les informations sur les personnes politiquement exposées (PPE) ou sur un membre de la famille d'une PPE ainsi que l'analyse relative au but de la relation d'affaires (§ 17, al. 3, al. 5, 4<sup>e</sup> phrase, dGwG en lien avec les explications au chapitre 8, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz<sup>458</sup>).

---

UE 2015/849 et qui respectent la stratégie et les procédures du groupe conformément à l'art. 45 de la Directive UE 2015/849, ne sont pas concernées par cette interdiction.

<sup>456</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 66 et 68, chap. 8.1.

<sup>457</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 68, chap. 8.2.

<sup>458</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 66, chap. 8.

- sur demande, ils doivent transmettre les copies et les documents pertinents utilisés pour satisfaire aux obligations de diligence (§ 17, al. 3, dGwG). Les documents doivent être conservés selon les délais prévus au § 8, al. 4, dGwG<sup>459</sup>.

En cas de délégation à un tiers au sein du groupe, ces conditions sont considérées comme réunies (la loi établit une fiction) si les obligations de diligence et de conservation des documents ainsi que les stratégies et les processus pour lutter contre le blanchiment d'argent sont conformes aux dispositions de la Directive UE 2015/849 ou à des dispositions jugées équivalentes. Par ailleurs, la mise en œuvre de ces exigences au niveau du groupe doit faire l'objet d'une surveillance par une autorité (§ 17, al. 4, ch. 1 à 3, dGwG). En outre, les tiers peuvent réutiliser les données récoltées dans le cadre d'une autre relation d'affaires pour identifier un cocontractant, un représentant ou un ayant droit économique aux conditions énoncées au chapitre 5.1.2 (§ 17, al. 3a, ch. 1 à 4, dGwG). Parmi ces exigences figure la condition que l'information doit être obtenue par la première personne qui a effectué l'identification. Cette disposition vise à éviter la transmission et l'utilisation illimitée des informations et documents d'identification<sup>460</sup>.

Enfin, une subdélégation des obligations de diligence par d'autres personnes ou entreprises à des prestataires externes est possible si toutes les conditions prévues au § 17, al. 5 à 7, dGwG sont remplies. Celles-ci comprennent notamment l'obligation de conclure une convention écrite et de déléguer les obligations de diligence à des prestataires adéquats<sup>461</sup>. Le dispositif de l'Allemagne devrait, de notre point de vue, pouvoir satisfaire aux exigences du GAFI.

### 6.1.3 Selon le droit des États-Unis

Les dispositions législatives des États-Unis en matière de délégation des obligations de diligence à des tiers s'appliquent<sup>462</sup> aux banques (titre 31, chapitre X, § 1020.220 (a)(6), U.S. CFR), aux négociants en valeurs mobilières (titre 31, chapitre X, § 1020.223(a)(6), U.S. CFR), aux fonds de placement (titre 31, chapitre X, § 1020.224(a)(6), U.S. CFR), aux *futures commission merchants and introducing bro-*

---

<sup>459</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 66, chap. 8.

<sup>460</sup> ZENTES/GLAAB, Änderungen durch die GwG-Novelle, p. 1670.

<sup>461</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 69, chap. 8.3.

<sup>462</sup> La disposition ne couvre pas l'ensemble des conseillers en placement. Ainsi, pour effectuer une communication de soupçons, les assurances-vie doivent obtenir les informations pertinentes sur les clients des agents et des *brokers* en assurance (titre 31, chap. X, § 1025.320(a) (3), U.S. CFR). S'agissant des *Money Services Businesses*, la délégation à des tiers des obligations de diligence n'est pas applicable puisqu'ils proposent des prestations à des clients occasionnels; cf. FATF, fourth round mutual evaluation report, United States, 2016, Technical Compliance Annex, p. 215, critère 17.1.

*kers in commodities* (titre 31, chapitre X, § 1020.226(a)(6), U.S. CFR). Dans le cadre du *Customer Identification Program (CIP)*, les assujettis susmentionnés peuvent recourir aux informations récoltées par une autre institution financière ou ses agents. Ces informations comprennent l'identification des clients et la vérification de l'identité des clients et des ayants droit économiques par des documents ou d'autres méthodes (*through documents or through non-documentary methods*), (titre 31, chapitre 53, sous-chapitre II, § 5312(a)(2), U.S.C).

Toutefois, pour faire recours à d'autres institutions financières, les conditions cumulatives suivantes doivent être réunies :

- le recours à une autre institution financière doit être raisonnable compte tenu des circonstances.
- le client a un compte ou est en train d'ouvrir un compte auprès de l'institution financière ou auprès d'une autre institution régulée.
- l'institution financière à laquelle est déléguée la tâche doit établir et maintenir des directives de lutte contre le blanchiment d'argent et doit être soumise à la surveillance d'un régulateur fédéral<sup>463</sup>.
- la tâche déléguée doit faire l'objet d'un contrat. Dans le cadre de ce dernier, l'institution concernée, doit confirmer, chaque année, qu'elle suit ses directives de lutte contre le blanchiment d'argent et qu'elle, ou ses agents, respectent les exigences prévues par le *Customer Identification Program (CIP)*.

Aux États-Unis, il est seulement possible de déléguer des obligations de diligence à des institutions financières surveillées par une autorité. Par ailleurs, les obligations de diligence ne peuvent pas être déléguées à des succursales de banques états-uniennes domiciliées à l'étranger. En effet, selon le *U.S. Bank Secrecy Act* celles-ci sont considérées comme des banques étrangères. Par ailleurs, les dispositions législatives pertinentes restent muettes quant au fait de savoir si une subdélégation des obligations de diligence est possible ou pas. En outre, il n'existe pas de procédures particulières pour des tiers faisant partie du même groupe. Partant, les règles générales relatives à la délégation des obligations de diligence s'appliquent par analogie. Enfin, il n'existe pas une disposition spécifique prévoyant que les institutions financières doivent obtenir sans délai les informations et les documents relatifs aux obligations de diligence déléguées<sup>464</sup>. Lors du quatrième cycle d'évaluations mutuelles des États-Unis en 2016, le GAFI avait aussi relevé cette lacune, et le fait que les dispositions législatives ne

---

<sup>463</sup> Selon le titre 31, chap. X, § 1010.100(r), U.S. CFR, la notion de régulateur fédéral comprend les autorités suivantes: *The Board of Governors of the Federal Reserve System; The Office of the Comptroller of the Currency; The Board of Directors of the Federal Deposit Insurance Corporation; The Office of Thrift Supervision; The National Credit Union Administration; The Securities and Exchange Commission; The Commodity Futures Trading Commission.*

<sup>464</sup> FATF, fourth round mutual evaluation report, United States, 2016, Technical Compliance Annex, p. 215, critère 17.2.



couvrent pas tous les conseillers en placement<sup>465</sup>. Toutefois, lors de l'examen de suivi des États-Unis en février 2020, cet aspect n'a pas fait l'objet d'une réévaluation.

#### 6.1.4 *Comparaison des trois modèles et conclusion*

Les législations suisse, allemande et des États-Unis établissent des règles applicables à la délégation à des tiers de l'identification du cocontractant, de l'ayant droit économique, d'un potentiel représentant et des éventuelles clarifications y relatives. Il s'ensuit que, dans les trois pays, la délégation des obligations de diligence à des tiers est limitée. Toutefois, il existe des différences parmi les trois pays. La Suisse interdit comme seul pays dans sa législation une subdélégation des obligations de diligence à d'autres personnes ou entreprises. L'Allemagne, quant à elle, est la seule à opérer une distinction entre les tiers et les autres personnes et entreprises qui sont soumises à des exigences plus sévères en matière de délégation. Enfin, les dispositions législatives des États-Unis ne contiennent aucune disposition prévoyant qu'en cas de délégation des obligations de diligence à un tiers, les informations et les documents doivent être obtenus immédiatement par l'institution financière. De même, les dispositions suisses et allemandes prévoient, en cas de délégation, que l'institution financière continue de répondre de la bonne exécution des tâches pour lesquelles elle a recouru aux prestations d'un tiers, d'une personne ou entreprise. En revanche, les dispositions législatives des États-Unis ne contiennent aucune précision à cet égard<sup>466</sup>.

## 7. Obligations en cas de soupçons de blanchiment d'argent

L'obligation de communiquer les soupçons de blanchiment d'argent n'est pas considérée comme un devoir de diligence<sup>467</sup>, mais elle est néanmoins un élément essentiel de la lutte contre le blanchiment d'argent<sup>468</sup>. En effet, elle a une importance stratégique majeure pour la réputation de chaque place financière. L'obligation de communiquer des soupçons de blanchiment d'argent déploie aussi un effet préventif, car elle décourage les criminels de déposer leurs valeurs patrimoniales auprès des établissements financiers<sup>469</sup>. Par ailleurs, cette obligation occupe une place de premier plan dans la mesure où elle permet aux autorités de poursuite pénale d'entrer en matière sur d'éventuelles infractions préalables au blanchiment d'argent dont elles n'auraient pas eu connaissance autrement. Il s'ensuit qu'une conception erronée ou une mise en œuvre inadéquate de l'obligation de communiquer fait obstacle à une lutte efficace

---

<sup>465</sup> FATF, fourth round mutual evaluation report, United States, 2016, Technical Compliance Annex, p. 215, weighting and conclusion R. 17/2012.

<sup>466</sup> FFIEC, Anti-money laundering manual, p. 52.

<sup>467</sup> OFK/GwG/AMLA-THELESKLAF ad Art. 9, Abs. 1, let. a, GwG N 3.

<sup>468</sup> LOMBARDINI, p. 147, N 559; CASSANI, Droit pénal économique, p. 267, N 7.126.

<sup>469</sup> FINMA, Rapport annuel 2018, p. 74.

contre le blanchiment d'argent et ses infractions préalables<sup>470</sup>. Au vu de ce qui précède, l'obligation de communiquer est la pierre angulaire dans la lutte contre le blanchiment d'argent. Dans ce contexte, les procédures d'*enforcement* menées par la FINMA ces dernières années ont révélé que, dans 55 % des cas, les intermédiaires financiers ont violé l'obligation de communiquer leurs soupçons au MROS<sup>471</sup>.

Dans le chapitre suivant, nous analyserons comment la Suisse, l'Allemagne et les États-Unis ont mis en œuvre l'obligation de communiquer des soupçons de blanchiment d'argent selon les exigences du GAFI.

## **7.1 Obligation de communiquer les soupçons de blanchiment d'argent selon le GAFI**

La R.20/2012 du GAFI est subdivisée en deux critères d'évaluation et réglemente l'obligation de communiquer les opérations suspectes<sup>472</sup>. Notre analyse portera d'abord sur le critère 20.1 prévoyant que, en cas de soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme, les institutions financières doivent immédiatement faire une déclaration d'opération suspecte à leur *Financial Intelligence Unit (FIU)*. Elle portera aussi sur le critère 20.2 disposant que les institutions financières doivent déclarer toutes les opérations suspectes, y compris les tentatives d'opérations suspectes, quel que soit le montant de l'opération<sup>473</sup>.

### *7.1.1 Selon le droit suisse*

Le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) est la FIU suisse et joue un rôle de relais et de filtre entre les intermédiaires financiers et les autorités de poursuite pénale<sup>474</sup>. Conformément à l'art. 23 LBA, il reçoit, vérifie et analyse les communications des intermédiaires financiers et négociants (art. 9 LBA, 305<sup>ter</sup> CP), de la FINMA, de la CFMJ, de l'autorité de surveillance et d'exécution visée à l'art. 105 LJAr, des OS (art. 16 LBA) et des OAR (art. 27, al. 4, LBA), et si nécessaire, informe les autorités de poursuite pénale compétentes.

---

<sup>470</sup> OFK/GwG/AMLA-THELESKLAF ad Art. 9, Abs. 1, let. a, GwG N4.

<sup>471</sup> Le lecteur est renvoyé au graphique 5 qui illustre les violations du droit identifiées par la FINMA ces dernières années; cf. partie II, titre I, chapitre 2.11.5.

<sup>472</sup> Méthodologie du GAFI, 2013 (mise à jour en novembre 2020), R. 20/2012, Critères 20.1 et 20.2, p. 64.

<sup>473</sup> Cf. Méthodologie du GAFI, 2013 (mise à jour en novembre 2020), p. 69.

<sup>474</sup> Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS), in: Office fédéral de la police (fedpol), (<[www.fedpol.admin.ch](http://www.fedpol.admin.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/fr/home/kriminalitaet/geldwaescherei.html>> (22.11.2021).

a) De lege lata

aa) Obligation de communiquer

Le système de communication suisse est fondé sur l'obligation et le droit de communiquer. L'art. 305<sup>ter</sup>, al. 2, CP prévoit que les intermédiaires financiers ont le droit de communiquer au MROS les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié<sup>475</sup>. Tandis que si l'intermédiaire financier sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires répondent au moins à l'un des critères énumérés à l'art. 9, al. 1, LBA il doit en informer immédiatement<sup>476</sup> le MROS. C'est notamment le cas, lorsque les fonds proviennent d'une infraction préalable au blanchiment d'argent, d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305<sup>bis</sup>, ch. 1<sup>bis</sup>, CP qu'ils sont soumis au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle y compris terroriste au sens de l'art. 260<sup>ter</sup> CP ou qu'ils servent au financement du terrorisme tel que défini à l'art. 260<sup>quinques</sup> CP (art. 9, al. 1, let. a, LBA) ou si l'intermédiaire financier rompt les négociations visant à établir une relation d'affaires en raison de soupçons fondés (art. 9, al. 1, let. b, LBA).

L'art. 9, al. 1, let. c, LBA constitue une situation particulière par rapport aux communications sans blocage des avoirs. Sur la base de cette disposition, l'intermédiaire financier effectue une communication à propos de relations d'affaires concernant des personnes ou des organisations qui figurent sur une liste terroriste étrangère basée sur la Résolution 1373. Dans un tel cas, un blocage immédiat des avoirs de cinq jours ouvrables est applicable dès la communication au MROS (art. 10, al. 1<sup>bis</sup> et 2, LBA)<sup>477</sup>. Par ailleurs, les négociants doivent effectuer une communication s'ils acceptent des espèces pour plus de 100 000 CHF conformément à l'art. 9, al. 1<sup>bis</sup>, LBA. Les conditions pour lesquelles une communication est nécessaire sont les mêmes que pour les intermédiaires financiers, exception faite de celles relatives au terrorisme prévues à l'art. 9, al. 1, let. a, ch. 4 et let. c, LBA.

L'art. 305<sup>ter</sup>, al. 2, CP couvre également les communications de soupçons d'infractions commises à l'étranger, pour autant qu'elles soient punissables au lieu de commission et qu'elles auraient été considérées comme des infractions préalables si elles avaient été commises en Suisse<sup>478</sup>. La condition de la double incrimination s'interprète de ma-

---

<sup>475</sup> Pour une étude de l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP le lecteur est renvoyé à l'analyse du cadre législatif suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans la partie II, titre II, chapitre 5.1.

<sup>476</sup> La communication doit être immédiate; du même avis OFK/GwG/AMLA-THELESKLAF ad Art. 9, Abs. 1, let. a, GwG N 17 et les références citées.

<sup>477</sup> OFK/GwG/AMLA-THELESKLAF ad Art. 10, al. 1bis, GwG N 11.

<sup>478</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 54.

nière abstraite selon la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>479</sup>, c'est-à-dire que si l'infraction entrant en ligne de compte énonce des conditions lui conférant une coloration locale, il faut transposer les faits en Suisse<sup>480</sup>. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que l'autorité pénale au lieu de commission de l'infraction préalable ait poursuivi l'affaire ou condamné l'auteur<sup>481</sup>.

Enfin, le Conseil fédéral a précisé en 2018 déjà que les caractéristiques des cryptomonnaies sont similaires à celles de la monnaie. La similitude des risques incite donc en principe à appliquer les mêmes prescriptions en matière de lutte contre le blanchiment d'argent aux cryptomonnaies, à condition que les activités exercées par les acteurs du domaine cryptographique relèvent de l'intermédiation financière<sup>482</sup>. Ainsi, l'obligation de communiquer s'applique également aux cryptomonnaies.

#### bb) Comportement après une communication

Lors d'une communication au MROS selon l'art. 9 LBA, les intermédiaires financiers ne doivent pas automatiquement bloquer les avoirs. Le blocage est différé dans le temps et s'applique à partir du moment où le MROS décide de transférer le dossier à une autorité de poursuite pénale (art. 10, al. 1, LBA), sauf dans les cas concernant des clients ou ayants droit économiques figurant sur une liste terroriste étrangère où le blocage est immédiat (art. 10, al. 1<sup>bis</sup>, LBA)<sup>483</sup>. Le blocage des avoirs doit être maintenu pendant 5 jours ouvrables au plus à compter du moment où le MROS a notifié avoir transmis les informations à une autorité de poursuite pénale (art. 10, al. 2, LBA). Selon l'art. 9a LBA, les intermédiaires financiers exécutent les ordres des clients pendant l'analyse du MROS. La disposition ne prévoit aucune limitation quant aux types de transactions pouvant être effectuées (transferts bancaires, transactions en espèces, utilisation de moyens de paiements tels que des cartes de crédit ou chèques)<sup>484</sup>. Cette disposition vise à éviter que le client ne soit indirectement informé de la communication au MROS. En cas de valeurs importantes, l'intermédiaire financier doit assurer le *paper trail* selon l'art. 33 OBA-FINMA<sup>485</sup>. Par ailleurs, les intermédiaires financiers ont l'interdiction d'informer les personnes concernées et les tiers (interdiction de *tipping off*) des communications effectuées selon l'art. 9 LBA ou l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 2, CP. Cela

---

<sup>479</sup> ATF 136 IV 179, p. 186, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 6B\_729/2010 du 8 décembre 2011, consid. 4.1.3; CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 23, note de bas de page n° 34.

<sup>480</sup> CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 23.

<sup>481</sup> CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 5.

<sup>482</sup> Rapport du Conseil fédéral du 14 décembre 2018, Bases juridiques pour la *distributed ledger technology* et la *blockchain* en Suisse, États des lieux avec un accent sur le secteur financier, chap. 7.4, p. 146 et chap. 7.5, p. 150, in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/55151.pdf>> (22. 11. 2021).

<sup>483</sup> OFK/GwG/AMLA-THELESKLAF ad Art. 10, al. 1, GwG N 1.

<sup>484</sup> LOMBARDINI, p. 161, N 631.

<sup>485</sup> OFK/GwG/AMLA-THELESKLAF ad Art. 9a GwG N 2; LOMBARDINI, p. 161, N 631.

dit, les autorités de surveillance et les OAR ne sont pas des tiers (art. 10a, al. 1, LBA)<sup>486</sup>. Conformément à l'art. 23, al. 5, LBA, l'analyse des communications basée sur l'art. 9, al. 1, let. a, LBA peut durer au maximum 20 jours. Par contre, il n'existe pas de délai pour le traitement des communications en vertu de l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 2, CP. En ce qui concerne la rupture de la relation d'affaires après communication, l'art. 32, al. 2, OBA-FINMA, prévoit que l'intermédiaire financier ne peut pas rompre une relation d'affaires douteuse, ni autoriser le retrait de montants importants lorsqu'il existe des signes concrets de l'imminence de mesures de sûreté d'une autorité. Par ailleurs, lorsque les conditions d'une communication au sens de l'art. 9 LBA, sont remplies ou lorsque l'intermédiaire financier exerce son droit de communication selon l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 2, CP, ce dernier ne peut pas rompre de son propre gré la relation d'affaires avec le cocontractant.

Enfin, à teneur de l'art. 11 LBA, les intermédiaires financiers et leurs employés ou mandataires ne sont ni civilement ni pénalement responsables à l'égard des clients, s'ils ont agi de bonne foi. La notion de bonne foi correspond à celle de l'art. 2, al. 1, CC. Pour se prévaloir de leur bonne foi, les intermédiaires financiers doivent disposer d'indices concrets et les avoir analysés en tenant compte des éléments juridiquement pertinents. Par ailleurs, ils doivent se fonder sur un raisonnement cohérent qui permette de comprendre pour quel motif la communication est justifiée<sup>487</sup>. Ainsi, lorsque les conditions pour effectuer une communication au MROS sont réunies, la violation du secret bancaire (art. 47 LB), professionnel (art. 147 LIMF) ou d'affaires (art. 162 CP) ou encore l'atteinte à l'honneur (art. 173 CP), est justifiée au regard de l'art. 14 CP. Toutefois, cette justification se limite à la violation des obligations de secret, incombant à l'auteur de la communication, en sa qualité d'intermédiaire financier<sup>488</sup>.

#### c) Violation de l'obligation de communiquer

Selon l'art. 37, al. 1, LBA, la violation intentionnelle de l'obligation de communiquer constitue une contravention en vertu du droit pénal administratif, passible d'une amende jusqu'à 500 000 CHF. La violation par négligence est passible d'une amende de 150 000 CHF au plus. Étant donné que la communication doit être faite immédiate-

---

<sup>486</sup> Cette interdiction souffre d'exceptions mentionnées à l'art. 10a LBA, notamment lorsque l'intermédiaire financier n'est pas en mesure de procéder lui-même au blocage, il peut informer un intermédiaire financier assujéti à la LBA qui est en mesure de le faire. C'est en particulier le cas pour un gestionnaire de fortune qui gère les avoirs d'un client ayant un compte auprès d'une banque dépositaire.

<sup>487</sup> LOMBARDINI, p. 161 et 162, N 632, N 633. L'auteur mentionne les banques, mais la disposition est applicable à l'ensemble des intermédiaires financiers mentionnés à l'art. 2, al. 2, LBA.

<sup>488</sup> Dans son commentaire CASSANI se réfère aux communications effectuées selon l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 2, CP. Toutefois, les mêmes principes s'appliquent aux communications fondées sur l'art. 9 LBA (art. 11, al. 1, LBA); cf. CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 62, N 63 et N 64.

ment selon l'art. 9, al. 1, LBA, les communications tardives tombent également sous le coup de l'art. 37 LBA<sup>489</sup>.

Pour que l'obligation de communiquer au sens de l'art. 9, al. 1, LBA soit violée, quatre conditions cumulatives doivent être remplies: l'auteur est un intermédiaire financier; des valeurs patrimoniales sont impliquées dans une relation d'affaires; l'intermédiaire financier sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que ces valeurs patrimoniales ont un rapport avec une infraction au sens des art. 260<sup>ter</sup> et 305<sup>bis</sup> CP, qu'elles proviennent d'un crime, sont soumises au pouvoir d'une organisation criminelle ou servent au financement du terrorisme; et, enfin, la communication au MROS a été omise ou faite tardivement<sup>490</sup>.

L'obligation de communiquer naît dès que l'intermédiaire financier sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires pourraient entrer dans le champ d'application de l'art. 9, al. 1, LBA. Lorsque la relation d'affaires est durable, l'intermédiaire financier, qui sait ou présume que les valeurs patrimoniales pourraient remplir les conditions de l'art. 9, al. 1, LBA, et qui omet de procéder à une communication, agit en permanence de manière illicite. Les éléments constitutifs objectifs de l'infraction visée à l'art. 37 LBA sont réunis lorsque l'intermédiaire financier a omis de faire la communication qui pourtant s'imposait compte tenu des circonstances du cas d'espèce ou lorsqu'il y a procédé tardivement<sup>491</sup>.

L'intermédiaire financier qui n'effectue pas une communication au MROS alors qu'il admet par dol éventuel que les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime peut réaliser l'infraction de blanchiment d'argent par omission (art. 305<sup>bis</sup> CP), dont l'entreprise peut répondre selon l'art. 102, al. 2, CP<sup>492</sup>.

#### dd) Le soupçon fondé et le simple doute

Les communications reçues par le MROS ont considérablement augmenté ces dernières années<sup>493</sup>. Cette hausse est due à plusieurs facteurs: d'abord, elle répond aux critiques exercées par le GAFI lors de la quatrième évaluation mutuelle de la Suisse en 2016<sup>494</sup>. Ensuite, elle est le fruit de la politique de sensibilisation menée par les au-

---

<sup>489</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2017.54 du 19 décembre 2017, consid. 2.2.3.11.

<sup>490</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2020.39 du 31 mai 2021, consid. 2.2; Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2017.54 du 19 décembre 2017, consid. 2.2.

<sup>491</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2020.39 du 31 mai 2021, consid. 2.5.1.1; ATF 144 IV 391, consid. 3.1.

<sup>492</sup> CASSANI, Droit pénal économique, p. 268, N7.130.

<sup>493</sup> Pour les statistiques du MROS le lecteur est renvoyé à la partie III, titre I, chapitre 3.

<sup>494</sup> Le GAFI a notamment critiqué le nombre trop faible de communications de soupçons par rapport à l'importance de la place financière suisse; cf. 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, p. 101 à 102.

torités compétentes<sup>495</sup>. Enfin, elle est la conséquence de l'interprétation de la notion de soupçon fondé par la jurisprudence des tribunaux.

Selon le Message du Conseil fédéral concernant la loi sur le blanchiment d'argent, des soupçons sont considérés comme fondés « *lorsqu'il existe un signe concret ou plusieurs indices qui font craindre une origine criminelle des valeurs patrimoniales* »<sup>496</sup>. Toutefois, le législateur ne définit pas concrètement de quelle manière le soupçon doit être fondé pour que les exigences de l'art. 9 LBA soient remplies<sup>497</sup>. Les dispositions relatives aux clarifications particulières selon l'art. 6, al. 2, let. a, LBA exigent de l'intermédiaire financier qu'il clarifie l'arrière-plan économique d'une relation d'affaires ou d'une transaction s'ils paraissent inhabituels. La jurisprudence considère qu'il existe un soupçon fondé lorsque les résultats des clarifications complémentaires ne permettent pas d'invalider l'hypothèse selon laquelle les valeurs patrimoniales pourraient résulter d'une activité criminelle<sup>498</sup>. Par ailleurs, et selon la jurisprudence constante, un soupçon doit être considéré comme fondé lorsqu'il repose sur des circonstances insolites qui ont été recueillies avec soin par l'intermédiaire financier. Par exemple, si un intermédiaire financier a un simple doute sur la provenance criminelle de valeurs patrimoniales, il doit tout de même faire une communication au MROS<sup>499</sup>. Il faut donc comprendre de cette jurisprudence que, si après un examen concret de la relation d'affaire, le soupçon ne peut être dissipé au cours de clarifications menées au sens de l'art. 6 LBA, al. 2, LBA à défaut notamment de plausibilité, il ne s'avère pas infondé et il doit faire l'objet d'une communication au MROS<sup>500</sup>. Dans l'un des premiers arrêts en matière de violation de l'obligation de communiquer, le Tribunal pénal fédéral rappelle que, s'agissant du soupçon, celui-ci n'a pas à atteindre un degré tel qu'il confine à la certitude. Il n'appartient pas à l'intermédiaire financier de rechercher

---

<sup>495</sup> MROS, Rapport annuel 2017, p. 19; FINMA, Rapport annuel 2017, p. 31.

<sup>496</sup> Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1086.

<sup>497</sup> ZOLLINGER, *Internationale Konvergenz in der Finanzmarktregulierung*, p. 1299, N 12.

<sup>498</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_433/2017 du 21 mars 2018, consid. 4.9; ATF 136 IV 188, consid. 6.2.2; Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK 2017.54 du 19 décembre 2017, consid. 2.2.3.1 et les références citées; Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK 2014.14 du 18 mars 2015, consid. 4.5.1.1.

<sup>499</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2020.39 du 31 mai 2021, consid. 2.5.1; Arrêt du Tribunal pénal fédéral 6B\_786/2020 du 11 janvier 2021, consid. 2.1.3; Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2018.47 du 26 avril 2019, consid. 5.5.1; Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_433/2017 du 21 mars 2018, consid. 4.9; Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2017.54 du 19 décembre 2017, consid. 2.2.3.1; Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2014.14 du 18 mars 2015, consid. 4.5.1.1; Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_313/2008 du 27 novembre 2008, consid. 4.2.2.3; du même avis OFK/GwG/AMLA-THELESKLAF ad art. 9, al. 1, let. a, GwG N 13.

<sup>500</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_786/2020 du 11 janvier 2021, consid. 2.1.3, qui se réfère à OFK/GwG/AMLA-THELESKLAF ad art. 9, al. 1, let. a, GwG N 10.

systématiquement, lors de chaque transaction, un éventuel comportement délictueux<sup>501</sup>. Pour être fondé, le soupçon ne doit pas confiner à la certitude, ni revêtir une probabilité particulière, mais reposer sur des circonstances insolites qui ont été recueillies avec soin par l'intermédiaire financier; un simple doute suffit<sup>502</sup>. La présomption d'une infraction grave est suffisante<sup>503</sup>. Le soupçon ne doit pas nécessairement être basé sur une transaction; il peut également résulter d'articles de presse, par exemple si une procédure pénale a été ouverte contre un partenaire contractuel ou un ayant droit économique pour un crime<sup>504</sup>. Enfin, la banque peut aussi apprendre des faits qui éveillent sa curiosité en dehors du cadre de ses relations d'affaires avec le client et indépendamment de toute transaction<sup>505</sup>.

Quels sont les indices pouvant conduire l'intermédiaire financier à entreprendre des clarifications complémentaires selon l'art. 6 LBA et à effectuer une communication au MROS? Selon le Tribunal pénal fédéral et une partie de la doctrine, l'obligation de clarification se déclenche lorsqu'une transaction ou une relation d'affaires apparaissent inhabituelles, soit subjectivement (du point de vue de l'intermédiaire financier), soit objectivement (dans le cadre de l'exercice raisonnable des obligations de diligence). D'une manière générale, une opération est inhabituelle, si:

- par rapport aux services financiers qui sont normalement fournis par l'intermédiaire financier la prestation requise par le cocontractant ne correspond pas au but de la relation d'affaires;
- elle paraît économiquement absurde;
- la construction dissimulée derrière la transaction laisse présumer un but illicite;
- les opérations n'entrent pas dans le cadre habituel du cocontractant; ou se situent en dehors de l'activité habituelle de l'intermédiaire financier; ou
- les opérations ne peuvent être justifiées avec la connaissance que l'intermédiaire financier a du cocontractant<sup>506</sup>.

Par ailleurs, l'annexe de l'OBA-FINMA contient un catalogue exemplatif d'indices de blanchiment d'argent pouvant fonder un soupçon suffisant de l'existence d'une opération de blanchiment. Bien que les indices pris séparément ne permettent pas, en règle générale, de fonder un soupçon suffisant de blanchiment d'argent, la combinaison de

---

<sup>501</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2014.14 du 18 mars 2015, consid. 4.5.1.1; cf. Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1084.

<sup>502</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_433/2017 du 21 mars 2018, consid. 4.9; Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_313/2008 du 27 novembre 2008, consid. 4.2.2.3.

<sup>503</sup> ATAF B-6815/2013 du 10 juin 2014, consid. 4.7.4.

<sup>504</sup> ATF 1B\_433/2017 du 21 mars 2018, consid. 4.9; OFK/GwG/AMLA-THELESKLAF ad art. 9, al. 1, let. a, GwG N 10; LOMBARDINI, p. 152, N 585.

<sup>505</sup> LOMBARDINI, p. 152, N 585.

<sup>506</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2019.55 du 28 juillet 2020, consid. 2.2.5.4; OFK/GwG/AMLA-WYSS ad Art. 6, GwG N 28; REINLE, Die Meldepflicht im GwG, p. 130, N 412; BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, p. 322 s.



plusieurs de ces éléments peut en indiquer la présence<sup>507</sup>. À titre d'exemple, le chiffre 1.2 de l'annexe de l'OBA-FINMA précise que la plausibilité des explications du client quant à l'arrière-plan économique de telles opérations doit être vérifiée. À cet égard, il est important que les explications du client ne soient pas acceptées sans avoir été examinées. Selon le chiffre 2.1.3, les transactions présentent des risques particuliers de blanchiment lorsque l'on ne parvient pas à comprendre les raisons pour lesquelles le client a choisi précisément un établissement particulier pour ses affaires. Le Tribunal administratif fédéral a considéré que la présence d'indices de crimes éventuels à l'origine des valeurs patrimoniales suffit à fonder un devoir de clarification selon l'art. 6 LBA<sup>508</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'indices de corruption apparus dans la base de données *World Check*.

Dans un autre arrêt, le Tribunal administratif fédéral, s'appuyant sur des avis doctrinaux, a considéré que, si l'intermédiaire financier a concrètement connaissance qu'une procédure pénale a été engagée contre son client en raison d'un crime grave et que les valeurs patrimoniales concernées pourraient y être liées, il doit en principe décider d'effectuer une communication selon l'art. 9 LBA<sup>509</sup>. Enfin, et en se référant à une jurisprudence plus ancienne du Tribunal fédéral<sup>510</sup>, le Tribunal pénal fédéral a considéré que si l'intermédiaire financier a un simple doute concernant la provenance criminelle des fonds, il doit effectuer une communication au MROS<sup>511</sup>. Dans ce contexte, les autorités ont précisé qu'il existe un soupçon fondé, lorsque les résultats des clarifications complémentaires menées par les intermédiaires financiers selon l'art. 6 LBA ne permettent pas d'invalider l'hypothèse selon laquelle les valeurs patrimoniales pourraient résulter d'une activité criminelle<sup>512</sup>. Ces exemples jurisprudentiels ont été confirmés par un troisième jugement du Tribunal pénal fédéral. Dans cet arrêt, un responsable de la fonction *Compliance* au sein d'une banque a été condamné pour avoir effectué tardivement une communication de soupçons au MROS et non pas «immédiatement» comme cela est prévu par l'art. 9 LBA. En effet, la banque n'a effectué une communication au MROS qu'après que l'émetteur d'une carte de crédit, liée au compte, l'eut informée du blocage de la carte et du signalement de la relation d'affaires<sup>513</sup>. La communication est tardive lorsqu'elle n'intervient pas immédiatement après la naissance, chez l'intermédiaire financier, de soupçons fondés concer-

---

<sup>507</sup> Annexe de l'OBA-FINMA «Indices de blanchiment d'argent», ch. 1.1; Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2019.55 du 28 juillet 2020, consid. 2.2.5.4.

<sup>508</sup> ATAF B-5586/2013 du 4 octobre 2016, consid. 4.2.2.

<sup>509</sup> Traduction libre de l'ATAF B-6815/2013 du 10 juin 2014, consid. 4.3 et les références citées.

<sup>510</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_313/2008 du 27 novembre 2008, consid. 4.2.2.3.

<sup>511</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2014.14 du 18 mars 2015, consid. 4.5.1.1.

<sup>512</sup> FINMA, Rapport annuel 2017, p. 31; MROS, Rapport annuel 2016, p. 52.

<sup>513</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2017.54 du 19 décembre 2017.

nant la possible provenance criminelle des avoirs patrimoniaux<sup>514</sup>. Le laps de temps durant lequel une communication n'est pas tardive et peut donc être considérée comme ayant été effectuée «immédiatement» n'est pas défini par la jurisprudence. Or, à notre sens une certaine prudence s'impose dans l'interprétation de cette notion indéterminée. En effet, il convient d'opérer une distinction entre les relations d'affaires pouvant faire l'objet de clarifications dans un laps de temps raisonnable compte tenu des particularités du cas d'espèce, et celles nécessitant des recherches et des clarifications approfondies du fait de leur complexité. Tel pourrait par exemple être le cas, lorsque de nombreuses transactions doivent être analysées.

En ce qui concerne les relations d'affaires clôturées, le Tribunal fédéral a jugé que l'obligation de communiquer ne cesse pas avec la fin de la relation d'affaires, mais dure aussi longtemps que les valeurs patrimoniales peuvent être découvertes et confisquées par les autorités compétentes<sup>515</sup>. En l'occurrence, l'obligation de communiquer a subsisté jusqu'au moment où le MPC, averti par une communication effectuée par un autre intermédiaire financier, a ouvert une enquête et procédé au séquestre des valeurs patrimoniales. Cet arrêt a suscité des interrogations au sein de la doctrine<sup>516</sup>, notamment vu les répercussions sur la prescription de l'action pénale relative à l'art. 37 LBA, mais aussi compte tenu de la portée de cette jurisprudence pour les intermédiaires financiers. Dans ce contexte, l'obligation de surveiller les transactions à risque accru ne s'applique pas aux relations d'affaires clôturées. Il existe donc une asymétrie sur ce point entre les obligations de diligence au sens de la LBA et le droit pénal administratif. *In casu*, le Tribunal fédéral n'a pas examiné si et dans quelle mesure l'obligation de communiquer de l'intermédiaire financier pouvait subsister après que les autorités pénales aient pris connaissance d'une plainte pénale d'un tiers portant sur des faits qui auraient dû faire l'objet d'une communication par l'intermédiaire financier. Cette question a été tranchée par un arrêt ultérieur dans lequel le Tribunal fédéral a considéré que l'obligation de communiquer dure aussi longtemps que les autorités pénales n'ont pas connaissance du sort des valeurs patrimoniales, soit tant que celles-ci peuvent encore leur échapper. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a considéré qu'une telle approche se justifie dès lors que l'obligation de communiquer, au sens de l'art. 9 LBA, vise en définitive à permettre la découverte ainsi que la confiscation

---

<sup>514</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2020.39 du 31 mai 2021, consid. 2.5.1.1; Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2017.54 du 19 décembre 2017, consid. 2.2.3.1.

<sup>515</sup> ATF 142 IV 276, consid. 5.4.2; du même avis OFK/GwG/AMLA-THELESKLAF ad Art. 9, GwG N 7; plus critique REINLE, Die Meldepflicht im GwG, p. 111, N 336 s.

<sup>516</sup> MACALUSO ALAIN/GARBARSKI ANDREW M., Communication de soupçons de blanchiment après la fin de la relation d'affaires, Questions, réflexions et préoccupations suscitées par l'arrêt du Tribunal fédéral 6B\_503/2015, in: Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle (AJP/PJA), 10/2016, p. 1318 et p. 1326; MATTHEY SILVAIN, La communication de soupçons du MROS: Du droit à l'obligation, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW), 2018, p. 125 et 129.

des valeurs patrimoniales concernées<sup>517</sup>. Selon notre Haute Cour, l'intermédiaire financier, qui sait ou présume que les valeurs patrimoniales impliquées dans une relation d'affaires durable pourraient remplir les conditions de l'art. 9 LBA et qui omet de communiquer ses soupçons, agit en permanence de manière illicite. Le défaut de communication prend donc la forme d'un délit continu<sup>518</sup>. Selon les critères établis par le Tribunal fédéral le délai de prescription de sept ans (art. 52 LFINMA) commence donc à courir lorsque l'obligation de communiquer prend fin<sup>519</sup>.

Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral<sup>520</sup> n'a pas suivi les considérations du Tribunal pénal fédéral<sup>521</sup>. Il a en effet considéré au regard des circonstances du cas d'espèce, qu'il est possible d'imputer une responsabilité individuelle à un employé d'une banque alors qu'il n'est pas à lui seul compétent pour effectuer une communication au MROS, mais que la compétence relève d'une instance collégiale selon l'art. 25a OBA-FINMA. Selon le Tribunal fédéral, la compétence en matière de communication de l'instance collégiale ne libère pas l'employé en sa qualité de membre de cette même instance de l'obligation de communiquer. Dans son raisonnement, notre Haute Cour s'appuie sur une jurisprudence antérieure<sup>522</sup> concernant un manquement organisationnel au sein d'une entreprise. Elle a considéré que les membres d'une instance responsable en matière d'organisation adéquate peuvent être individuellement recherchés en cas de manquement organisationnel entraînant une violation au sein de l'entreprise. Partant, le Tribunal fédéral a renvoyé l'affaire au Tribunal pénal fédéral pour réexamen<sup>523</sup>. Ce dernier est arrivé à la conclusion que la responsabilité pour effectuer une communication de soupçons incombait à l'employé de la banque en tant que *Head Compliance* et membre du Comité *Due Diligence*, organe habilité, selon les directives internes de la banque, à faire des communications de soupçons au MROS. Ceci en raison de son *obligation d'agir de manière autonome*, alors que selon les directives internes de la banque, c'était le Comité de *Due Diligence* qui avait le pouvoir de décision<sup>524</sup>. Le devoir imposé au *Head Compliance d'agir de manière autonome* a suscité des interrogations de la doctrine<sup>525</sup>. Il convient de placer cette jurisprudence

---

<sup>517</sup> ATF 144 IV 391, consid. 3.4.

<sup>518</sup> ATF 142 IV 276, consid. 5.4.2.

<sup>519</sup> CASSANI, Droit pénal économique, p. 271, N 7.144.

<sup>520</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1332/2018 du 28 novembre 2019.

<sup>521</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2018.15 du 18 octobre 2018.

<sup>522</sup> ATF 122 IV 103, consid. VI.2/c/bb/p. 129.

<sup>523</sup> NICOLAS BÉGUIN, Violation par un membre d'un organe collégial de l'obligation de communiquer, 13 janvier 2020, in: Centre de droit bancaire et financier (CDBF), (<<https://cdbf.ch/>>); consulter à ce titre: <<https://cdbf.ch/1108/>> (22. 11. 2021).

<sup>524</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2019.76 du 22 octobre 2020, consid. 9.4, traduction libre de l'italien.

<sup>525</sup> MACALUSO ALAIN/GARBARSKI M. ANDREW, Jurisprudence et développements récents en droit pénal de l'entreprise, Obligation de communiquer des soupçons de blanchiment d'argent (art. 37 LBA), Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1332/2018 du 28 novembre

dans son contexte: le Tribunal pénal fédéral relève que cette obligation d'agir existe *d'autant plus si les autres* [membres du Comité *Due Diligence*] *ont <décidé> de temporiser, alors que tous les éléments étaient réunis pour effectuer une communication*<sup>526</sup>. Au vu de ce qui précède, les membres du Comité *Due Diligence* ont décidé de ne pas effectuer une communication alors que, compte tenu des éléments à leur disposition, une telle communication s'imposait. À notre sens, on peut donc déduire d'une telle *obligation d'agir* le fait de se manifester au sein du Comité *Due Diligence* et de ne pas rester passif lors des discussions qui sont menées. Cette obligation se justifie compte tenu des connaissances spécifiques relatives aux dispositions de la lutte contre le blanchiment d'argent du *Head Compliance*. En effet, ces comités sont notamment composés de membres provenant du *Front Office* ou de la *Division Asset Management* dont les intérêts et la perception du risque sont diamétralement opposés à ceux de la division *Compliance*. Dans ce contexte, il est important de dresser un procès-verbal qui détaille les prises de positions au sein du Comité *Due Diligence*, et qui devra également être versé au dossier client (*No AML-Report*), afin de démontrer les positions respectives de chaque membre du Comité. L'art. 31 OBA-FINMA prévoit une obligation d'établir un *No AML-Report* si l'intermédiaire financier n'utilise pas son droit de communiquer alors qu'il a des doutes portant sur une relation d'affaires comportant d'importantes valeurs patrimoniales. Le droit de communiquer étant un instrument subsidiaire à l'obligation de communiquer, les clarifications menant à la décision de ne pas procéder à une annonce au MROS doivent être documentées conformément à l'art. 7 LBA. S'agissant de l'obligation de communiquer, lorsqu'un intermédiaire financier dispose d'un signe concret ou de plusieurs indices laissant supposer que les critères définis à l'art. 9, al. 1, let. a, LBA pourraient être remplis pour les valeurs patrimoniales impliquées dans les relations d'affaires, il doit effectuer des clarifications supplémentaires en vertu de l'art. 6 LBA. Si, au terme de ces clarifications, il parvient à dissiper les soupçons initiaux, il doit, en application de l'art. 7 LBA, documenter les clarifications effectuées, afin notamment d'être en mesure de démontrer qu'il n'a pas violé l'obligation de communiquer<sup>527</sup>. Dans un récent arrêt, le Tribunal pénal fédéral a rappelé l'importance de documenter les décisions de ne pas procéder à une communication. En l'occurrence, une banque avait justifié l'absence d'annonce

---

2019, in: MACALUSO ALAIN/MOREILLON LAURENT/LOMBARDINI CARLO/GARBARSKI ANDREW (éd.), *Développements récents en droit pénal de l'entreprise II*, Collection lausannoise CEDIDAC, vol. 75, éditions Stämpfli, Berne, mai 2021.

<sup>526</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2019.76 du 22 octobre 2020, consid. 9.4, traduction libre de l'italien.

<sup>527</sup> Rapport explicatif du 1<sup>er</sup> octobre 2021 relatif au projet mis en consultation de la modification de l'ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, p. 11 à 12, in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html?lang=fr>>), consulter à ce titre: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/68407.pdf>> (22.11.2021).

de la relation d'affaires au MROS, alors qu'aucune décision formelle de ne pas y procéder ne ressortissait du dossier<sup>528</sup>.

Dans une autre jurisprudence récente, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que ni l'implication dans une relation d'affaires de la direction générale d'une banque, responsable de la mise en œuvre des mesures destinées à prévenir le blanchiment d'argent, ni les pressions exercées par celle-ci sur le directeur de la division *Compliance*, à la tête du service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent, constituaient des circonstances disculpatoires à l'égard de l'obligation de communiquer qui incombait au responsable *Compliance* vu les circonstances du cas d'espèce<sup>529</sup>.

Finalement, dans un arrêt du 11 janvier 2021 destiné à la publication, notre Haute Cour a confirmé la condamnation d'un responsable de la division *Compliance* d'une banque pour violation par négligence de l'obligation de communiquer un soupçon de blanchiment d'argent au sens de l'art. 37, al. 2, LBA. Elle a aussi examiné si l'interprétation faite par l'autorité intimée de la notion de «soupçons fondés» excède ce qui est admissible au regard des principes de légalité et de non-rétroactivité invoqués par le recourant. Dans son analyse le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion «[Qu'] *Il n'est pas contesté que la jurisprudence a procédé à une interprétation évolutive du texte de l'art. 9 LBA-2010. Cela étant, le recours à une notion juridique indéterminée dans un texte de loi doit précisément permettre de laisser à la pratique une certaine marge d'interprétation dans son application. Au regard des développements qui précèdent, les précisions apportées par la jurisprudence dans le but de définir les contours de la notion juridique indéterminée de «soupçons fondés» peuvent raisonnablement entrer dans la conception originelle de l'infraction. En particulier, le Message de 1996 exprimait déjà l'idée que les soupçons qui n'étaient pas dissipés à l'issue de la procédure de clarification devaient être communiqués [...] cette approche s'inscrit dans la logique de la LBA au regard notamment des clarifications au sens de l'art. 6 LBA-2010 et correspond au but de la loi qui vise à permettre la découverte et la confiscation des valeurs concernées [...].*»<sup>530</sup>

Si la conception jurisprudentielle du *soupçon fondé* nous ne semble pas être en contradiction avec le Message du Conseil fédéral sur la LBA de 1996<sup>531</sup>, ni avec la lettre de la loi<sup>532</sup>, nous relevons toutefois un déséquilibre entre l'art. 37 LBA, punissant les vio-

---

<sup>528</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2020.39 du 31 mai 2021, consid. 2.5.7.

<sup>529</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_192/2019 du 11 mars 2019, consid. 2.2, 5.4.2; cf. KATIA VILLARD, Affaire 1MDB: le TF confirme une interdiction d'exercer, 27 avril 2020, in: Centre de droit bancaire et financier (<<https://cdbf.ch/>>), consulter à ce titre: <<https://cdbf.ch/1127/>> (22.11.2021).

<sup>530</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_786/2020 du 11 janvier 2021, consid. 2.3.1.

<sup>531</sup> Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1083.

<sup>532</sup> Du même avis sur ce point KATIA VILLARD, Condamnation d'un compliance officer pour violation par négligence de l'obligation de communiquer, 17 février 2021, in: Centre de

lations de l'obligation de communiquer tant par négligence qu'intentionnelles et la récente jurisprudence des tribunaux interprétant la notion du *souçon fondé* au sens large. Dans ce contexte, certains auteurs soutiennent qu'il serait adéquat de supprimer la violation de l'obligation de communiquer par négligence prévue à l'art. 37, al. 2, LBA<sup>533</sup>. Cette proposition a fait l'objet de discussions au Parlement dans le cadre de la révision de la LBA mais n'a finalement pas été retenue<sup>534</sup>.

Enfin, dans une jurisprudence publiée à la mi-octobre 2021, le Tribunal pénal fédéral a reconnu pour la première fois un membre et président du conseil d'administration d'une banque coupable d'une violation de l'obligation de communiquer par négligence au sens de l'art. 37, al. 2, LBA. Il convient de préciser qu'avant de joindre le conseil d'administration, il occupait le poste de directeur général de la banque et avait sous sa responsabilité le département «Risques, Juridique et Compliance». Le Tribunal pénal fédéral a considéré qu'en tant que supérieur hiérarchique direct du responsable du service Compliance, le directeur était soumis à une obligation de surveillance spécifique à l'égard de son subordonné et assumait ainsi une position de garant. En demeurant passif face à l'infraction commise par son subordonné (art. 6, al. 2, DPA), il a violé les obligations juridiques qui découlaient de cette position, d'autant plus qu'il avait une bonne connaissance de la relation d'affaire en question. Le Tribunal pénal fédéral est arrivé à la conclusion que «*En devenant – membre et – président du conseil d'administration, au 1<sup>er</sup> octobre 2012, A. a continué d'assumer une position de garant et, de ce fait, d'enfreindre ses obligations juridiques en découlant, en n'empêchant pas la réalisation de l'infraction à l'art. 37 LBA commise au sein de la banque. Comme chaque membre du conseil d'administration et indépendamment d'une quelconque délégation, il exerçait la haute surveillance des personnes chargées de la gestion et, en particulier, du responsable du service compliance. À ce titre, il était tenu de veiller à la régularité de l'activité de la banque et d'éviter les pratiques contrevenant à la LBA (v. supra consid. 2.9.4), en particulier eu égard à sa connaissance du dossier [...].*»<sup>535</sup>

À notre sens, cette jurisprudence démontre la volonté des autorités de poursuite pénale de sanctionner les responsables – même jusqu'au plus haut niveau – des violations de l'obligation de communiquer.

---

droit bancaire et financier (<<https://cdbf.ch/>>), consulter à ce titre: <<https://cdbf.ch/1175/>> (22.11.2021).

<sup>533</sup> Cf. à titre d'exemple ZULAUF URS/HUTZLER DORIS, Der begründete und der einfache Verdacht, Ein Vorschlag zur Reform des Geldwäschereimeldewesens in der Schweiz, recht Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, recht 4/2019, p. 221 à 239, titre VII, chap. 8, p. 19.

<sup>534</sup> Cf. partie I, titre III, chapitre 7.1.1, b) de lege ferenda, bb) délibérations parlementaires.

<sup>535</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2020.39 du 31 mai 2021, consid. 2.9.6.

Ces récents exemples jurisprudentiels démontrent que la frontière entre le droit et l'obligation de communiquer s'estompe à partir du moment où un simple doute suffit à déclencher une obligation de communication au MROS. Dans le passé, le soupçon fondé a-t-il été interprété de manière trop restrictive par les intermédiaires financiers, avec comme conséquence que le seuil de soupçon pour procéder à des communications a été fixé à un niveau trop élevé? Cette hypothèse n'est pas soutenue par une partie de la doctrine. En effet, la jurisprudence récente des tribunaux en matière de communication a donné lieu à des vives controverses doctrinales et a fait couler beaucoup d'encre. Les critiques formulées portent essentiellement sur une interprétation extensive par les tribunaux de la notion du soupçon fondé ancrée à l'art. 9 LBA. Selon ces auteurs, le seuil à partir duquel l'intermédiaire financier doit communiquer ses soupçons de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme se verrait «abaissé» par la jurisprudence et contreviendrait ainsi aux principes de légalité, de sécurité et de prévisibilité du droit<sup>536</sup>. Certains auteurs pensent qu'un tel abaissement du seuil de communication devrait être ancré dans une nouvelle base légale tandis que d'autres proposent une approche plus nuancée<sup>537</sup>. L'intention d'inscrire la notion de soupçon fondé dans une base légale pour des raisons de sécurité et de prévisibilité du droit est de notre point de vue compréhensible, car cette tâche ne doit pas être laissée uniquement au Conseil fédéral, aux tribunaux et aux autorités qui appliquent le droit, mais elle revient au législateur. Toutefois, comme le démontre notre analyse de droit comparé, ni l'Allemagne ni les États-Unis ne disposent d'une définition du soupçon dans leurs législations respectives. Par ailleurs, la R. 21/2012 du GAFI ne prévoit pas non plus une telle définition.

b) De lege ferenda

aa) Critiques du GAFI et modifications législatives

Lors de l'évaluation mutuelle en 2016, le GAFI a considéré que le dispositif suisse relatif à l'obligation de communiquer les opérations suspectes était en grande partie conforme à la R. 20/2012, bien que la coexistence d'un droit et d'une obligation de

---

<sup>536</sup> MATTHEY SILVAIN, La communication de soupçons du MROS: Du droit à l'obligation, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW)*, 2018, p.125, 129; SHK GwG-LUCHSINGER ad Art. 9, GwG, p. 370 à 372; LENGAUER/RUCKSTUHL, Compliance, Meldewesen, p. 304; HERREN NICOLAS C., L'obligation de communiquer: Les «soupçons fondés» de l'art. 9 LBA, in: *La Semaine Judiciaire – doctrine*, SJ 2019 II p. 107 et 117.

<sup>537</sup> SHK GwG-LUCHSINGER ad Art. 9 GwG, p. 371 à 372, N 34, N 35; MATTHEY SILVAIN, La communication de soupçons du MROS: Du droit à l'obligation; *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW)*, 2018, p.125, 130 *contra* KUSTER MATTHIAS, Zur Abgrenzung des Melderechts nach Art. 305<sup>ter</sup>, Abs. 2, StGB von der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, in: *Jusletter* 26 juin 2017, par. 41, qui estime qu'une modification législative n'est pas forcément nécessaire et propose une approche en trois étapes pour différencier entre l'obligation et le droit de communiquer.



communication puisse constituer un facteur d'incertitude juridique<sup>538</sup>. Par ailleurs, la récente jurisprudence<sup>539</sup> découlant des procédures pénales administratives menées pour soupçon de violation de l'obligation de communication selon l'art. 9 LBA, en relation avec l'art. 37 LBA, a confirmé que la notion de *soupons fondés* doit être comprise au sens large<sup>540</sup>. Dans ce contexte, l'avant-projet prévoyait de supprimer le droit de communiquer ancré à l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 2, CP, et le délai de 20 jours ouvrables pour l'analyse par le MROS des communications de soupçons basées sur l'art. 9 LBA<sup>541</sup>. La majorité des participants à la consultation publique s'est toutefois opposée à ces suppressions. Il en résulte que le projet de loi soumis au Parlement prévoyait que le droit de communiquer devait être maintenu et que la notion jurisprudentielle de *soupons fondés* de l'art. 9, al. 1, LBA, devait être inscrite dans l'OBA<sup>542</sup>. Par ailleurs, il proposait de supprimer le délai de 20 jours ouvrables pour l'analyse des communications et d'introduire un nouveau délai de 40 jours ouvrables au terme duquel les intermédiaires financiers pourraient rompre une relation d'affaires ayant fait l'objet d'une communication si, à l'expiration de ce délai, le MROS ne les a pas informés de la transmission à une autorité de poursuite pénale. Cela vaut aussi bien pour les communications effectuées sur la base de l'obligation que du droit de communiquer. Le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation relative à la modification de l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA) et d'autres ordonnances visant à concrétiser les modifications prévues dans la LBA révisée<sup>543</sup>.

Enfin, le projet de loi est resté muet sur le déséquilibre juridique qui s'est créé entre, d'une part, l'art. 37 LBA, qui punit tant les violations par négligence qu'intentionnelles de l'obligation de communication et, d'autre part, l'interprétation jurisprudentielle de la notion de *soupons fondés* qui doit être comprise au sens large.

#### bb) Délibérations parlementaires

Dans le cadre des délibérations parlementaires, des modifications ont été apportées au texte du projet de loi du Conseil fédéral, notamment dans le but d'inscrire le seuil de communication dans la loi<sup>544</sup>.

---

<sup>538</sup> Cf. 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2016, Annexe sur la conformité technique, R. 20/2012, pondération et conclusion, p. 212.

<sup>539</sup> Arrêt du Tribunal fédéral I B\_433/2017 du 21 mars 2018, consid. 4.9; Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2017.74 du 19 décembre 2017, consid. 2.2.3.1; Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2014.14 du 18 mars 2015, consid. 4.5.1.1.

<sup>540</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5263.

<sup>541</sup> Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la LBA, p. 19, chap. 1.2.5.2.

<sup>542</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5264.

<sup>543</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5267, cf. note de bas de page n° 527.



En septembre 2020, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États a introduit à l'art. 9, al. 3, nLBA, la définition suivante du soupçon fondé: «*On est en présence d'un soupçon fondé si l'intermédiaire financier dispose d'une indication concrète ou de plusieurs indices laissant supposer que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires pourraient provenir d'un acte délictueux selon l'art. 9, al. 1, let. a et si les clarifications complémentaires le rendent vraisemblable ou le confirment*»<sup>545</sup>. Cette nouvelle proposition est plus restrictive que celle préconisée par la jurisprudence et les autorités, car elle prévoit cumulativement que l'intermédiaire financier est en présence d'un soupçon fondé, si: a) il existe une indication concrète ou plusieurs indices b) que les valeurs patrimoniales pourraient provenir d'un acte délictueux prévu à l'art. 9, al. 1, let. a, LBA, et, c) si les clarifications le rendent vraisemblable ou le confirment. Le fait de devoir déterminer au moment de la communication, si les valeurs patrimoniales pourraient provenir d'un acte délictueux est problématique, car les intermédiaires financiers ne disposent ni d'une vue d'ensemble sur toutes les relations d'affaires d'un client ni des outils et de l'expérience d'une autorité de poursuite pénale. Par ailleurs, et comme le mentionne le Message du Conseil fédéral sur la LBA, il n'appartient pas à l'intermédiaire financier de rechercher systématiquement, lors de chaque transaction, un éventuel comportement délictueux<sup>546</sup>. Cette tâche revient aux autorités pénales compétentes. En outre, la présence concrète d'un soupçon est un oxymore et paraît difficilement réalisable dans la pratique. À partir de quel moment un soupçon devient-il concret? Lorsque l'affaire de blanchiment d'argent est apparue dans les médias ou lorsque les autorités pénales séquestrent les valeurs patrimoniales? Si tel devait être le cas, l'impact préventif et anticipatif des autorités pénales en souffrirait considérablement. Enfin, cette proposition ne remplit plus les exigences de la R. 20/2012 du GAFI et son adoption aurait exposé la Suisse à des nouvelles critiques sur le plan international.

Le Conseil des États a suivi l'avis de sa Commission juridique et est entré en matière sur le projet de loi du Conseil fédéral<sup>547</sup>. Le projet de loi est donc retourné à la Commission des affaires juridiques du Conseil national qui s'est écartée du projet de loi du Conseil fédéral sur trois points liés au système de communication: 1) elle a allongé le délai de traitement des communications par le MROS à 30 jours (art. 23, al. 5, nLBA);

---

<sup>544</sup> Pour un aperçu des autres modifications apportées au projet de loi du Conseil fédéral qui ne concernent pas le système de communication au MROS, le lecteur est renvoyé à la partie II, titre II, chapitre 9.1.

<sup>545</sup> Tableau synoptique de l'Assemblée fédérale 2020 III S, 19.044n: S22F, Dépliant Session d'automne 2020, Décision du Conseil des États, p. 13, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr>>), consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/cen/ters/eparl/curia/2019/20190044/S22%20F.pdf>> (22.11.2021).

<sup>546</sup> Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1084; Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2014.14 du 18 mars 2015, consid. 4.5.1.1.

<sup>547</sup> BO E du 10 septembre 2020, E 734 s.

2) elle a introduit une nouvelle disposition législative, en allant à l'encontre de la jurisprudence, prévoyant que le devoir de communication cesse avec la fin de la relation d'affaires sauf si le soupçon de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme est apparu auparavant (art. 9, al. 4, nLBA); et, 3) elle a proposé de supprimer la violation par négligence de l'obligation de communiquer (art. 37, al. 2, nLBA)<sup>548</sup>. S'agissant de la notion du soupçon fondé, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a fait la proposition suivante: «*Il y a des soupçons fondés lorsque l'intermédiaire financier dispose d'un élément concret ou de plusieurs indices laissant supposer que les critères à l'al. 1, let. a, pourraient être remplis pour les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires et que les clarifications supplémentaires effectuées en vertu de l'art. 6 LBA ne permettent pas de dissiper les soupçons*» (art. 9, al. 3, nLBA).<sup>549</sup> Cette solution tient compte de la récente jurisprudence et permet à la Suisse de s'aligner sur les standards du GAFI.

Lors de la session parlementaire d'hiver 2020, le Conseil national a décidé d'entrer en matière et de renvoyer le projet de loi à sa Commission juridique, afin de procéder à une nouvelle discussion article par article<sup>550</sup>. En février 2021, la Commission juridique du Conseil national est revenue à la case de départ: la majorité des membres a adhéré à la définition du soupçon fondé, telle que formulée par le Conseil des États durant la session d'automne 2020. Toutefois, une minorité des membres (minorité I Walder) a voté pour une définition qui reflète la conception jurisprudentielle du soupçon fondé; tandis qu'une deuxième minorité (minorité II Nidegger) a proposé un nouveau texte s'écartant de la jurisprudence<sup>551</sup>. Lors de la session de printemps 2021, le Conseil national n'a pas adhéré à la recommandation de sa Commission juridique d'adopter la proposition du Conseil des États. Il a au contraire suivi la proposition de la minorité I Walder<sup>552</sup>. Le 10 mars 2021, le Conseil des États a suivi la proposition de sa Commission juridique et a adhéré à la proposition du Conseil national<sup>553</sup>. Le projet

---

<sup>548</sup> Tableau synoptique de l'Assemblée fédérale 2020 IV N, 19.044n: N 3F, Dépliant Session d'hiver 2020, Conseil national, p. 20, 38 et 50, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr>>), consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190044/N3%20F.pdf>> (22. 11. 2021).

<sup>549</sup> Op. cit., p. 19, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr>>), consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190044/N3%20F.pdf>> (22. 11. 2021).

<sup>550</sup> BO N du 15 décembre 2020, N 2547 s.

<sup>551</sup> Tableau synoptique de l'Assemblée fédérale 2020 IV N, 19.044n: N 3F, Dépliant Session d'hiver 2020, Conseil national, p. 1 et 19, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr>>), consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190044/N4%20F.pdf>> (22. 11. 2021).

<sup>552</sup> BO N du 1<sup>er</sup> mars 2021, N 8 s.

<sup>553</sup> BO E du 10 mars 2021, E 176; Tableau synoptique de l'Assemblée fédérale 2021 I S, 19.044n: S5 F.pdf – Dépliant Session de printemps 2021, Conseil des États, p. 1 et 6, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr>>), consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190044/S5%20F.pdf>> (22. 11. 2021).

de révision de la LBA a été adopté par l'Assemblée fédérale le 19 mars 2021 et contient désormais une définition du soupçon fondé qui correspond à celle préconisée par la jurisprudence<sup>554</sup>. En revanche, le Parlement n'a pas supprimé l'art. 37, al. 2, LBA, punissant les violations de l'obligation de communiquer si l'auteur agit par négligence, ce qui nous paraît regrettable.

### 7.1.2 Selon le droit allemand

La *Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen* (ci-après: FIU allemande) est chargée de collecter et d'analyser les informations relatives au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme et de transmettre ces informations aux entités publiques nationales concernées pour qu'elles puissent clarifier, prévenir ou poursuivre les infractions y afférentes (§ 28, al. 1, dGwG). Si les assujettis ont déjà dénoncé les transactions ou relations d'affaires suspectes à une autorité de poursuite pénale, ils doivent en informer la FIU allemande<sup>555</sup>. Les prestataires de cryptomonnaies sont aussi assujettis à la loi anti-blanchiment allemande conformément au § 2, al. 1, ch. 2, dGwG et doivent par conséquent communiquer leurs soupçons de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme<sup>556</sup>. Conformément au § 43, al. 1, ch. 1 à 3, dGwG, les assujettis doivent procéder immédiatement à une communication à la FIU allemande indépendamment de la valeur du bien concerné ou du montant de la transaction s'il existe des faits indiquant, que :

- une valeur patrimoniale, liée à une relation d'affaires, à une opération de courtage ou à une transaction, provient d'un acte punissable qui pourrait être une infraction préalable au blanchiment d'argent;
- une opération, une transaction ou une valeur patrimoniale est liée à un acte de financement du terrorisme; ou

---

<sup>554</sup> Projet X 2019-0212 1 de la Commission de rédaction pour le vote final, Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA), modification du 19 mars 2021, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr>>), consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/cen/ters/eparl/curia/2019/20190044/Texte%20pour%20le%20vote%20final%201%20NS%20F.pdf>> (22.11.2021); Modification du 19 mars 2021 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2021 668.

<sup>555</sup> Cf. Frankfurter Kommentar dGwG-GREITE ad § 43 dGwG N 7.

<sup>556</sup> Pour un aperçu des prestataires de cryptomonnaies assujettis, voir BaFin, Merkblatt: Hinweise zum Tatbestand des Kryptoverwahrgeschäfts, 02 mars 2020, in: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), (<[https://www.bafin.de/DE/Startseite/startseite\\_node.html;jsessionid=C1E54CC4CBCAC38843AFA8B5ECCA37DE.1\\_cid392](https://www.bafin.de/DE/Startseite/startseite_node.html;jsessionid=C1E54CC4CBCAC38843AFA8B5ECCA37DE.1_cid392)>), consulter à ce titre: <[https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/m\\_b\\_200302\\_kryptoverwahrgeschaeft.html?nn=9450992](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/m_b_200302_kryptoverwahrgeschaeft.html?nn=9450992)> (22.11.2021). Voir aussi sur le même site Internet du BaFin la publication suivante: Geldwäscherechtliche Hinweise für Institute, die das Kryptoverwahrgeschäft erbringen, als Neu-Verpflichtete nach dem Geldwäschegesetz (GwG), 14 mai 2020, consulter à ce titre: <[https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Auslegungsentscheidung/A/ae\\_200512\\_krypto\\_gw.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Auslegungsentscheidung/A/ae_200512_krypto_gw.html)> (22.11.2021).

- un cocontractant ne remplit pas son obligation de renseignement selon le § 11, al. 6, 3<sup>e</sup> phrase, dGwG, consistant à informer l'assujetti, s'il établit ou poursuit une relation d'affaires ou bien s'il exécute une transaction pour le compte d'un ayant droit économique. Cette obligation existe indépendamment des conditions énumérées aux deux premiers points<sup>557</sup>.

L'obligation de communiquer s'applique à tous les types de transactions, à savoir celles qui ont été exécutées ou qui sont sur le point de l'être, celles qui sont en cours d'exécution, celles dont l'exécution a été refusée ou encore celles qui n'ont pas été effectuées. Les transactions doivent aussi être immédiatement communiquées si l'assujetti apprend des faits déterminants aux termes du § 43, al. 1, ch. 1 ou 2, dGwG, par ses propres recherches ou grâce aux autorités pénales ou de surveillance impliquées. Il en est de même pour les potentiels clients n'ayant pas encore entamé une relation d'affaires à proprement parler<sup>558</sup>. Par ailleurs, l'obligation de communiquer vaut aussi pour les membres de la direction d'un assujetti, à condition que celui-ci dispose d'une filiale domiciliée en Allemagne et si les faits devant faire l'objet d'une communication sont liés à une activité exercée par la filiale allemande (§ 43, al. 3, ch. 1 et 2, dGwG). Une communication au sens du § 43, al. 1, dGwG, n'exclut pas le caractère volontaire d'une communication selon le § 261, al. 8, dStGB<sup>559</sup> (§ 43, al. 4, dGwG). En outre, la FIU allemande peut déterminer avec les autorités de surveillance des types de transactions devant toujours faire l'objet d'une communication (§ 43, al. 5, dGwG). Enfin, le Ministère fédéral des finances peut déterminer par décret législatif, d'entente avec le Ministère fédéral de la justice et de la protection des consommateurs, des faits devant faire l'objet d'une communication par certains assujettis<sup>560</sup> (§ 43, al. 6, dGwG).

Conformément au § 46, al. 1, ch. 1 à 2, dGwG, une transaction qui a donné lieu à une communication peut au plus tôt être exécutée, si :

---

<sup>557</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 71 à 72, chap. 10.1 ; cf. Frankfurter Kommentar dGwG-GREITE ad § 43, dGwG, N 6.

<sup>558</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 72, chap. 10.2.

<sup>559</sup> Le § 261 dStGB réprime le blanchiment d'argent et la dissimulation de valeurs patrimoniales acquises de manière illicite. Le § 261, al. 8, ch. 1 et ch. 2, dStGB prévoit qu'à certaines conditions les personnes qui dénoncent l'infraction volontairement ne sont pas poursuivies ; il a la teneur suivante: «(8) Nach den Absätzen 1 bis 6 wird nicht bestraft, 1. wer die Tat freiwillig bei der zuständigen Behörde anzeigt oder freiwillig eine solche Anzeige veranlasst, wenn nicht die Tat zu diesem Zeitpunkt bereits ganz oder zum Teil entdeckt war und der Täter dies wusste oder bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen musste, und 2) in den Fällen des Absatzes 1 oder des Absatzes 2 unter den in Nummer 1 genannten Voraussetzungen die Sicherstellung des Gegenstandes bewirkt».

<sup>560</sup> Il s'agit des assujettis mentionnés au § 2, al. 1, ch. 10 et 12, dGwG, dont font notamment partie les avocats et notaires, les conseillers juridiques qui ne sont pas membres du barreau, les auditeurs, les experts-comptables etc.

- l'assujetti a reçu l'autorisation d'exécuter la transaction de la FIU allemande ou du Ministère public ;
- le troisième jour ouvrable après l'envoi de la communication s'est écoulé sans que la FIU allemande ou le Ministère public compétent n'aient interdit la transaction. Si le *dies ad quem* est un jour férié au siège de la FIU ou du Ministère public compétent, le délai est prolongé de quelques jours et expire au terme de cette prorogation. Le samedi n'est pas considéré comme un jour ouvrable<sup>561</sup>.

S'il n'est pas possible de reporter la transaction ou si le report pourrait entraver la poursuite d'un acte criminel présumé, la transaction peut être exécutée. Toutefois, la communication doit immédiatement être rattrapée (§ 46, al. 2, dGwG). La transaction ne doit pas être exécutée s'il existe un soupçon d'un acte terroriste ou de blanchiment d'argent imminent ou si une personne figurant sur une liste terroriste est impliquée<sup>562</sup>. Selon le § 47, al. 1, dGwG, l'assujetti ne doit pas informer (interdiction de *tipping off*) le cocontractant, le donneur d'ordre de la transaction ou d'autres tiers<sup>563</sup> du fait qu'il a l'intention de procéder ou qu'il a effectué une communication, qu'une enquête judiciaire a été initiée suite à une communication effectuée selon le § 43, al. 1, dGwG ou de l'existence d'une demande d'édition selon le § 30, al. 3, première phrase, dGwG.

En règle générale, après avoir effectué une communication, l'assujetti dispose d'indices signalant un risque potentiellement plus élevé au sens du § 15, al. 2, dGwG, de sorte que des obligations de diligence accrues s'imposent. Si l'assujetti a connaissance de faits nouveaux résultants de la surveillance accrue de la relation d'affaires, il doit en informer la FIU. Si aucun autre événement important ne se produit dans un délai de trois mois à compter de la date de la communication de soupçon ou d'une demande ultérieure des autorités, des obligations de diligence moins strictes peuvent en principe être appliquées en fonction du risque. Il n'est par ailleurs plus nécessaire de classer la relation d'affaires à risque accru uniquement en raison de la communication effectuée. En revanche, en cas d'indices de financement du terrorisme, la relation d'affaires doit être surveillée pendant au moins six mois<sup>564</sup>.

Avant de mettre un terme à une relation d'affaires et afin de ne pas mettre en péril les investigations en cours, les assujettis devraient contacter la FIU allemande ou l'autorité de poursuite pénale compétente. La décision de clôturer une relation d'affaires

---

<sup>561</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 77, chap. 10.6.

<sup>562</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 78, chap. 10.6.

<sup>563</sup> Cette interdiction souffre des exceptions mentionnées au § 47, al. 2, dGwG, notamment lorsqu'il s'agit d'un établissement étatique.

<sup>564</sup> BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 79 à 80, chap. 10.8.

après une communication revient – sauf dans les cas réglementés par loi – en principe à l'assujetti<sup>565</sup>.

### 7.1.3 Selon le droit des États-Unis

#### a) De lege lata

FinCEN est rattachée au *U.S. Treasury Department* et fait office de FIU aux États-Unis, ce qui signifie qu'elle est l'entité centrale chargée de recevoir et d'analyser les communications de soupçons et d'autres informations en matière de blanchiment d'argent, de financement du terrorisme et des infractions y relatives<sup>566</sup>. Par ailleurs, FinCEN est l'agence principalement responsable pour la mise en œuvre du *Bank Secrecy Act (BSA)* et de ses règlements d'application qui sont codifiés au chapitre X du titre 31 du *Code of Federal Regulations (CFR)*.

Les dispositions des États-Unis en matière de communication d'opérations suspectes prévoient que les institutions financières assujetties sont tenues d'effectuer une communication auprès de FinCEN lorsqu'une ou plusieurs transactions comprenant des fonds ou tout autre actif paraissant liées entre elles et atteignent ou excèdent 2000 USD pour les *Money Services Businesses* et 5000 USD pour les autres institutions financières assujetties, à condition qu'elles sachent, soupçonnent ou aient des raisons de soupçonner que la transaction :

- a été exécutée ou qu'une tentative d'effectuer une telle transaction a eu lieu auprès de l'institution concernée ou moyennant celle-ci;
- peut impliquer des fonds provenant d'une activité illégale ou qu'elle est effectuée pour cacher ou dissimuler des fonds ou des actifs provenant d'activités visant à violer ou à se soustraire à des lois ou réglementations fédérales;
- est conçue pour éluder les dispositions en matière de communication de soupçon ou toute autre réglementation promulguée par le *U.S. Bank Secrecy Act*;
- n'a aucune fin commerciale ou licite apparente ou ne correspond pas aux transactions types du client et que l'institution financière ne dispose pas d'une explication raisonnable sur l'arrière-plan de la transaction;
- l'institution financière est utilisée pour faciliter une activité criminelle<sup>567</sup>.

---

<sup>565</sup> Par ailleurs, les assujettis ne peuvent pas clôturer une relation d'affaires suite à des demandes d'éditions du Bundesamt für Verfassungsschutz ou d'autres autorités responsables de la sécurité; cf. BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum deutschen Geldwäschegesetz, p. 80, chap. 10.8.

<sup>566</sup> Titre 31, § 310(a), U.S.C.

<sup>567</sup> Les banques (titre 31, chap. X, § 1020.320(a)(2), U.S. CFR); les négociants en valeurs mobilières (titre 31, chap. X, § 1023.320(a)(2), U.S. CFR); les fonds de placements (titre 31, chap. X, § 1024.320(a)(2), U.S. CFR); les assurances (titre 31, chap. X, § 1025.320(a)(2), U.S. CFR); les *futures commission merchants* ou *Introducing brokers in commodities* (titre 31, chap. X, § 1026.320(a)(2), U.S. CFR); *Money Services Businesses* (titre 31, chap. X, § 1022.320(a)(2), U.S. CFR); les *loan or finance companies* (titre 31, chap. X, § 1029.320(a)

En plus des exigences ci-dessus, les banques, les succursales et les agences de banques étrangères autorisées par l'*Office of the Comptroller of the Currency (OCC)* doivent effectuer une communication de soupçons auprès de FinCEN dans les constellations suivantes:

- en cas de délit d'initié, quel que soit le montant impliqué;
- si la banque sait ou soupçonne qu'une infraction criminelle totalisant 5000 USD ou plus a été commise, et si elle parvient à identifier un suspect;
- si la banque sait ou soupçonne qu'une infraction criminelle, totalisant 25 000 USD ou plus a été commise, et cela indépendamment de savoir si un suspect peut être identifié ou pas;
- pour toute transaction totalisant USD 5000 ou plus, impliquant un potentiel acte de blanchiment d'argent ou une violation du *U.S. Bank Secrecy Act*, ainsi que toute réglementation promulguée en vertu de ladite loi ou toute autre loi fédérale des États Unis<sup>568</sup>.

Les institutions financières assujetties sont tenues d'effectuer une communication au plus tard 30 jours ouvrables après avoir découvert les faits susceptibles de déclencher une telle communication. Si aucun suspect n'a été identifié dans ce délai, l'institution financière dispose de 30 jours ouvrables supplémentaires pour effectuer une communication. Toutefois, dans des situations qui requièrent une action immédiate, par exemple en cas d'activités de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme, les institutions financières assujetties doivent immédiatement informer par téléphone l'autorité de poursuite compétente et, en plus, effectuer une communication de soupçons dans un délai convenable<sup>569</sup>. Enfin, les dispositions législatives pour les institutions financières assujetties prévoient que la communication et son contenu sont en principe confidentiels. Ils peuvent seulement faire l'objet d'une divulgation aux entités et dans les situations énumérées par la loi<sup>570</sup>. Les dispositions législatives n'in-

---

(2), U.S. CFR) ainsi que les *housing government sponsored enterprises* (titre 31, chap. X, § 1030.320(a)(2), U.S. CFR).

<sup>568</sup> Cf. titre 12, chap. I, part 21, § 21.11(c) U.S. CFR.

<sup>569</sup> Cf. Banques (titre 31, chap. X, § 1020.320(b)(3) U.S. CFR); Négociants en valeurs mobilières (titre 31, chap. X, § 1023.320(b)(3), U.S. CFR); Fonds de placements (titre 31, chap. X, § 1024.320(b)(3)(4), U.S. CFR); Assurances (titre 31, chap. X, § 1025.320(b)(3), U.S. CFR); *futures commission merchants* ou *Introducing brokers in commodities* (titre 31, chap. X, § 1026.320(b)(3), U.S. CFR); *Money Services Businesses* (titre 31, chap. X, § 1022.320(b)(3), U.S. CFR); *loan or finance companies* (titre 31, chap. X, § 1029.210 et § 1029.320(b)(3), U.S. CFR) ainsi que *housing government sponsored enterprises* (titre 31, chap. X, § 1030.320(b)(3), U.S. CFR).

<sup>570</sup> Cf. Banques (titre 31, chap. X, § 1020.320(e)(1)(2) U.S. CFR); Négociants en valeurs mobilières (titre 31, chap. X, § 1023.320(e)(1)(2), U.S. CFR); Fonds de placements (titre 31, chap. X, § 1024.320(d)(1)(2), U.S. CFR); Assurances (titre 31, chap. X, § 1025.320(e)(1)(2), U.S. CFR); *futures commission merchants* ou *introducing brokers in commodities* (titre 31, chap. X, § 1026.320(e)(1)(2)(3), U.S. CFR); *Money Services Businesses* (titre 31, chap. X, § 1022.320(d)(1)(2), U.S. CFR); *loan or finance companies* (titre 31, chap. X, § 1029.320(d)



diquent pas quelle procédure l'institution financière doit suivre ni si elle est autorisée à rompre la relation d'affaires après avoir effectué une communication. Toutefois, les institutions financières doivent prévoir des directives qui prévoient un processus à suivre en cas de communication de soupçons<sup>571</sup>. Les institutions financières assujetties doivent effectuer une communication pour toute transaction en devises (*Currency Transaction Report [CTR]*) qui dépasse 10 000 USD. Par ailleurs, si une transaction en devises dépasse 10 000 USD et qu'elle paraît suspecte, les institutions financières doivent aussi faire une communication de soupçons. Les deux communications coexistent donc de manière parallèle<sup>572</sup>. Enfin, FinCEN a précisé dans ses dispositions d'application que la cryptomonnaie est un type de valeur qui se substitue à la monnaie et que, partant, les transactions en cryptomonnaies seront toujours soumises à la réglementation établie par FinCEN, indépendamment du type de jeton et de la technologie utilisés. Il s'ensuit que les dispositions états-uniennes en matière de communication s'appliquent *mutatis mutandis* aux cryptomonnaies<sup>573</sup>.

Lors du quatrième cycle d'évaluations mutuelles des États-Unis en 2016, le GAFI a relevé que seulement une partie des conseillers en placement devaient effectuer des communications en cas d'opérations suspectes. Par ailleurs, des seuils minimaux sont applicables et les institutions financières assujetties ont entre 30 et 60 jours pour effectuer une communication d'opérations suspectes, ce qui n'est pas en accord avec l'exigence du standard prévoyant une communication immédiate<sup>574</sup>.

#### b) De lege ferenda

Avec l'entrée en vigueur du U.S. NDAA, les dispositions d'application publiées par FinCEN en matière de transfert de valeurs patrimoniales, de toute autre valeur qui se substitue à la monnaie (*other value that substitutes for currency*) ainsi que des monnaies virtuelles convertibles (*convertible virtual currencies*), telles que le bitcoin et d'autres cryptomonnaies, ont été codifiées et se trouvent désormais dans le U.S. AML-Act (U.S. NDAA, section F, p. 1165, titre LXIV, section 6102(a)(4)(d)(1)(2))

---

(1)(2), U.S. CFR) ainsi que *housing government sponsored enterprises* (titre 31, chap. X, § 1030.320(d)(1)(2), U.S. CFR).

<sup>571</sup> À titre d'exemple, les institutions financières qui sont surveillées par un régulateur fédéral doivent disposer de directives de lutte contre le blanchiment d'argent. Toutefois, la disposition n'indique pas si une procédure spécifique doit être suivie après avoir effectué une communication de soupçons (titre 31, chap. X, § 1020.210, U.S. CFR).

<sup>572</sup> Cf. titre 31, chap. X, § 1010.311 U.S. CFR.

<sup>573</sup> FinCEN Guidance FIN-2019-G001, Application of FinCEN's Regulations to certain business models involving convertible virtual currencies du 9 mai 2019, in: U.S. Department of the Treasury Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN), (<[www.fincen.gov](http://www.fincen.gov)>), consulter à ce titre: <<https://www.fincen.gov/sites/default/files/2019-05/FinCEN%20Guidance%20CVC%20FINAL%20508.pdf>> (22. 11. 2021).

<sup>574</sup> FATF, fourth round mutual evaluation report, United States, 2016, Technical Compliance Annex, p. 219, weighting and conclusion R. 20/2012.



U.S. AML-Act). Les dispositions d'application techniques de FinCEN restent en vigueur, mais plusieurs définitions et dispositions du *Bank Secrecy Act (BSA)* devront être modifiées, afin d'englober la notion de «valeurs qui se substituent à la monnaie»<sup>575</sup>.

Par ailleurs, le nouveau U.S. AML-Act prévoit que les autorités gouvernementales engagées dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme doivent évaluer l'utilité et l'efficacité du système de communication de soupçons actuel (*Suspicious Activity Report (SAR) & Suspicious Transaction Report (STR)*)<sup>576</sup>. Elles doivent notamment évaluer si des seuils de communications différents devraient s'appliquer à des catégories d'activités différentes (U.S. NDAA, section F, p. 1177, titre LXII, section 6204(b)(2)(B)), U.S. AML-Act). Ces réformes font suite aux demandes formulées par les professionnels du secteur financier qui constatent une certaine lourdeur des processus en place et un manque d'utilité des informations communiquées aux autorités de poursuite compétentes<sup>577</sup>. Enfin, les dispositions actuellement en vigueur prévoient que les banques états-uniennes peuvent partager les informations contenues dans les SARs uniquement avec le siège social (*head office*) ou une société de contrôle (*controlling company*) d'une banque, une société mère étrangère d'un *broker-dealer*, d'un *futures commission merchant* ou d'un *introducing broker*, mais pas avec d'autres filiales étrangères (titre 31, section 5318(g) U.S.C). Or, cette interdiction ne permet pas de coopérer efficacement afin d'atténuer les risques de blanchiment d'argent. Pour tenir compte de cette difficulté, le U.S. AML-Act a introduit un programme pilote, afin d'élargir temporairement (pendant trois à cinq ans à compter de sa mise en place) les directives de FinCEN en matière de partage des informations contenues dans les SARs (U.S. NDAA, section F, p. 1178, titre LXII, section 6212(a)(8)(B), U.S. AML-Act).

Dans le cadre du programme pilote, les institutions financières ne seront pas autorisées à partager ce type d'informations avec des filiales en Chine, en Russie ou dans toute autre juridiction qui soutient des activités terroristes, qui est soumise à des sanctions imposées par le gouvernement fédéral, ou qui n'est pas en mesure de protéger la sécurité et la confidentialité des informations (U.S. NDAA, section F, p. 1178, titre

<sup>575</sup> JEANINE MCGUINNESS/DANIEL NATHAN/BENJAMIN DOBKIN/MATTHEW MOSES/AMY WALSH/TIFFANY ROWE, *The Anti-Money Laundering Act of 2020*, p. 8, in: Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, New York, (<<https://www.orrick.com/>>), consulter à ce titre: <<https://s3.amazonaws.com/cdn.orrick.com/files/AML-Act-2020-Overview.pdf>> (22. 11. 2021).

<sup>576</sup> U.S. NDAA, section F, p. 1178, titre LXII, sections 6201, 6202, 6203, 6204, 6205, U.S. AML-Act.

<sup>577</sup> JEANINE MCGUINNESS/DANIEL NATHAN/BENJAMIN DOBKIN/MATTHEW MOSES/AMY WALSH/TIFFANY ROWE, *The Anti-Money Laundering Act of 2020*, p. 9, in: Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, New York, (<<https://www.orrick.com/>>), consulter à ce titre: <<https://s3.amazonaws.com/cdn.orrick.com/files/AML-Act-2020-Overview.pdf>> (22. 11. 2021).

LXII, section 6212(a)(8)(C)(i)(II)(III), U.S. AML-Act)<sup>578</sup>. À compter d'une année après l'entrée en vigueur du U.S. AML-Act, le *U.S. Department of Treasury*, en collaboration avec FinCEN, doit publier des dispositions pour la mise en œuvre du programme pilote (U.S. NDAA, section F, p. 1178, titre LXII, section 6212(a)(8)(A)(i), U.S. AML-Act). Le 1<sup>er</sup> avril 2021, FinCEN a émis une *Advance Notice of Proposed Rulemaking (ANPRM)* visant à recueillir les premiers commentaires du public sur les nouvelles procédures relatives aux informations sur les ayants droits économiques<sup>579</sup>.

#### 7.1.4 Comparaison des trois modèles et conclusion

Les trois modèles législatifs prévoient des règles pour la communication d'opérations suspectes. Les modèles suisse et allemand contiennent des règles similaires en ce qui concerne les modalités de communication et l'interdiction d'informer (*tipping off*). En revanche, contrairement au modèle suisse, le modèle allemand ne prévoit pas un blocage explicite du compte, mais dispose que les transactions peuvent seulement être exécutées d'entente avec la FIU allemande ou le Ministère public compétent ou si, après trois jours ouvrables, les autorités compétentes n'ont pas interdit la transaction en question.

Par ailleurs et en comparaison avec le modèle suisse, ni les dispositions législatives allemandes, ni celles des États-Unis ne contiennent de règles générales concernant le comportement à adopter après avoir effectué une communication de soupçons. Toutefois, le modèle allemand prévoit qu'après une communication la relation d'affaires doit en principe être classée à risque accru. Après une période de trois mois et si aucune autre irrégularité n'est constatée, il est possible d'appliquer des obligations de diligence moins strictes. Ce délai s'élève à six mois en cas de soupçons de financement du terrorisme.

Le modèle états-unien, prévoit des seuils minimaux pour effectuer une communication de soupçons dont la transmission à FinCEN peut être différée entre 30 et 60 jours. Les États-Unis prévoient en parallèle un système de communication de soupçons pour les transactions en devises, lorsque celles-ci dépassent certains seuils. Enfin, la Suisse est le seul pays où l'obligation et le droit de communiquer selon l'art. 9 LBA et l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 2, CP, coexistent et qui a introduit une définition de la notion de *soupçon fondé* dans la loi.

---

<sup>578</sup> JEANINE MCGUINNESS/DANIEL NATHAN/BENJAMIN DOBKIN/MATTHEW MOSES/AMY WALSH/TIFFANY ROWE, *The Anti-Money Laundering Act of 2020*, p. 9, in: Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, New York, (<<https://www.orrick.com/>>), consulter à ce titre: <<https://s3.amazonaws.com/cdn.orrick.com/files/AML-Act-2020-Overview.pdf>> (22. 11. 2021).

<sup>579</sup> FinCEN Launches Regulatory Process for New Beneficial Ownership Reporting Requirement, in: U.S. Department of the Treasury Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN), (<[www.fincen.gov](http://www.fincen.gov)>), consulter à ce titre: <<https://www.federalregister.gov/documents/2021/04/05/2021-06922/beneficial-ownership-information-reporting-requirements>> (22. 11. 2021).

## IV Conclusions

Le champ d'application des 40 recommandations du GAFI n'a pas cessé d'évoluer au fil du temps afin de tenir compte des nouvelles menaces émergentes en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Si, en 1990, les préoccupations liées à l'augmentation du trafic international de stupéfiants amenèrent le GAFI à intégrer certaines dispositions de la Convention de Vienne dans ses recommandations<sup>580</sup>, c'est seulement lors de la première révision des recommandations en 1996 que les infractions préalables au blanchiment d'argent furent étendues et que le GAFI introduisit un système obligatoire de communication des soupçons<sup>581</sup>. Suite aux attentats terroristes perpétrés aux États-Unis en 2001, le GAFI décida d'élaborer des recommandations spéciales. Lors de la révision des recommandations en 2003, le GAFI précisa notamment ses notes interprétatives et étendit les obligations de diligence aux entreprises et professions non financières<sup>582</sup>. En 2012, le GAFI intégra les recommandations spéciales pour lutter contre le financement du terrorisme dans ses 40 recommandations. Par ailleurs, lors de cette dernière révision d'envergure, le GAFI élargit son mandat à la lutte contre le financement de la prolifération des armes de destruction massive, introduisit le délit fiscal préalable au blanchiment d'argent et étendit l'approche basée sur les risques à l'ensemble de ses recommandations<sup>583</sup>. Cette volonté expansionniste du GAFI se traduit également dans les moyens financiers déployés pour financer ses projets et les évaluations mutuelles des États membres. Ainsi, si lors de la première publication des comptes annuels en 2004 les dépenses du GAFI s'élevaient à 1.6 millions EUR<sup>584</sup>, elles sont passées à 4.8 millions EUR en 2017, à 6.2 millions EUR en 2018<sup>585</sup>, à 9.2 millions EUR en 2019, à 11.8 millions EUR en 2020

---

<sup>580</sup> Cf. partie I, titre I, chapitre 1.1; Les recommandations du GAFI allaient au-delà de ce qui était prévu dans la Convention de Vienne.

<sup>581</sup> Cf. partie I, titre I, chapitre 2.1.1.

<sup>582</sup> Cf. partie I, titre I, chapitres 2.3 et 2.3.1.

<sup>583</sup> Cf. partie I, titre I, chapitre 2.5.1.

<sup>584</sup> GAFI, Rapport annuel XVI, 2004-2005, p. 15.

<sup>585</sup> GAFI, Rapport annuel XXIX, 2017-2018, p. 66.

et à 11.2 millions EUR prévus pour l'année 2021<sup>586</sup>. Cela dit, ces chiffres ne reflètent qu'une partie de la réalité, car ils représentent les frais générés par le secrétariat du GAFI, sans compter les dépenses importantes engendrées par les États membres pour la mise en œuvre des recommandations du GAFI.

Lors de la révision de ses recommandations en 2012, le GAFI a souhaité prendre en compte les critiques faisant état d'une pratique d'évaluation trop formelle et pas assez orientée sur l'efficacité<sup>587</sup>. À cet égard, POL affirme que la méthodologie développée par le GAFI en matière d'efficacité des systèmes n'est pas axée sur les *résultats* (*outcomes*) comme elle le prétend, mais sur l'évaluation d'activités et de *produits* (*outputs*)<sup>588</sup>. L'auteur relève notamment que les critères utilisés pour l'évaluation de l'efficacité, par exemple le nombre d'enquêtes, de poursuites et de confiscations pénales, sont en réalité des activités et non pas des *résultats*<sup>589</sup>. Or, selon cet auteur, il conviendrait plutôt de mesurer *l'effet* ou *l'impact* de telles activités dans le pays évalué<sup>590</sup>. Autrement dit, existe-t-il moins d'affaires de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme suite notamment aux enquêtes menées, aux condamnations prononcées et aux montants confisqués par les autorités pénales? À notre sens, il est difficile d'évaluer les *effets* et *l'impact* des activités menées par les États membres, car les facteurs pouvant influencer l'évolution des affaires de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme à la hausse ou à la baisse sont multiples et ne se limitent pas aux agissements nationaux. De plus, l'évolution à la baisse des affaires de blanchiment d'argent n'est pas synonyme de la diminution des activités criminelles, mais peut également refléter une sophistication plus importante de ces activités. Par conséquent, même si l'évaluation par le GAFI de l'efficacité des systèmes de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme d'un pays n'inclut pas une étude des *effets* et de *l'impact* des activités menées, elle reflète la volonté d'adopter une approche holis-

---

<sup>586</sup> GAFI, Rapport annuel XXXI, 2019-2020, p. 50; GAFI, Rapport annuel XXXII, 2020-2021, p. 73.

<sup>587</sup> À titre d'exemple, GILMORE dénonce une approche formaliste dans le cadre de l'évaluation des systèmes nationaux de confiscation; cf. GILMORE, *L'argent sale*, p. 257. POL reproduit l'avis de plusieurs auteurs soutenant que «[...] *In the third round of AML/CFT evaluations [...] FATF failed to demonstrate that objectives were <more likely to be reached by compliance with FATF Standards>. The authors found that the AML/CFT system relies on an unproven assumption; the <prima facie plausibility of the claim that adherence to the Standards would help reduce money laundering and the financing of terrorism, and collaterally the reduction of serious crimes for gain and terrorism.> They concluded that the <net result> of focusing on compliance with standards was that <extensive efforts were expended with no demonstrable impact on money laundering or the financing of terrorism> and <very little emphasis, if any, [...] outcome effectiveness> [...]*»; cf. POL, *Assessing outcomes or ticking the boxes?*, p. 216 et les références citées.

<sup>588</sup> POL, *Assessing outcomes or ticking the boxes*, p. 216.

<sup>589</sup> POL, *Assessing outcomes or ticking the boxes*, p. 224.

<sup>590</sup> POL, *Assessing outcomes or ticking the boxes*, p. 221.

tique, ce qui représente un progrès par rapport à un examen se limitant à la seule analyse de la réglementation nationale.

Dans ce contexte, il est intéressant de constater qu'en 1990, le GAFI n'avait pas l'intention d'effectuer des évaluations ayant une grande envergure : « [...] *l'objectif prioritaire dans le futur devra être le maintien du caractère informel que le GAFI a donné à son action, afin d'éviter d'entrer dans un système bureaucratique rigide. La procédure pourrait consister à demander chaque année aux membres du GAFI de répondre à un questionnaire normalisé portant sur le degré de mise en œuvre des recommandations du Groupe. Il serait possible d'utiliser des grilles de surveillance, à condition que la manière de les compléter ait fait l'objet d'une harmonisation de sorte que les réponses données par deux pays connaissant des situations identiques ne puissent être différentes* [...] »<sup>591</sup> Aujourd'hui, les évaluations du GAFI sont complexes, car les pays à évaluer doivent parcourir de nombreuses étapes qui – sans compter les travaux préparatoires et législatifs – durent des années<sup>592</sup>. Au vu de ce qui précède, une autre approche plus pragmatique devrait être considérée, afin d'effectuer des évaluations mutuelles plus efficaces et basées sur les risques réellement rencontrés par les pays. En effet, chaque pays connaît des risques différents et les activités à risque dans un pays ne seront pas forcément les mêmes dans un autre. Or, le quatrième cycle d'évaluations mutuelles du GAFI ne connaît pas une telle approche basée sur les risques, mais évalue chaque pays sur l'ensemble des recommandations. Par ailleurs, il est difficile de garantir que des pays connaissant des situations similaires soient évalués de manière semblable, car les standards ne sont pas interprétés de manière homogène et les évaluations ne sont pas effectuées par un *panel* d'experts constant, mais par des experts qui changent constamment et qui sont proposés par les États membres et le FMI<sup>593</sup>, ce qui complique l'émergence d'une *doctrine unifiée*. Par ailleurs, cette pratique soulève des interrogations du point de vue de l'égalité de traitement entre les pays évalués ainsi que de l'indépendance et l'impartialité des experts impliqués.

L'étude de droit comparé d'une sélection de mesures préventives de lutte contre le blanchiment d'argent a démontré que le GAFI n'interprète pas ses propres recommandations de manière homogène, de sorte qu'il existe une divergence dans l'interprétation d'un même standard, d'un pays à l'autre. Cette pratique contrevient au principe d'universalité des standards préconisé par le GAFI et dénote un manque de transparence important. Par ailleurs, elle ne met pas les pays examinés sur un pied d'égalité. Autrement dit, les États membres ne sont pas tous évalués selon les mêmes critères, ce

<sup>591</sup> GAFI, Rapport annuel II, 1990-1991, p. 20.

<sup>592</sup> Le GAFI indique qu'il faut compter 14 mois par pays pour le quatrième cycle d'évaluations mutuelles sans compter le temps de préparation des pays à évaluer; cf. Procédures du GAFI, 2021 (version anglaise mise à jour en janvier 2021), p. 4, par. 7.

<sup>593</sup> Procédures du GAFI, 2021 (version anglaise mise à jour en janvier 2021), p. 6, par. 16; p. 20, par. 77 à 79.

qui est regrettable et nuit à la confiance institutionnelle. Dans ce contexte, le GAFI reconnaît que les États sont dotés de systèmes juridiques et financiers divers et que, en conséquence, tous ne peuvent pas prendre des mesures identiques afin de réaliser l'objectif commun<sup>594</sup>. Or, on ne peut certes pas exiger des États membres qu'ils adoptent les mêmes mesures, compte tenu des différences intrinsèques entre les pays. Toutefois, les recommandations du GAFI devraient constituer des normes minimales qui requièrent l'adoption par les pays de mesures équivalentes et ne devraient pas favoriser la concurrence entre juridictions. Ainsi, par sa pratique actuelle, le GAFI n'assure pas un terrain de jeu égal entre les États membres, accepte une faille dans son système et risque de perdre sa crédibilité et sa légitimité.

Lors de la séance plénière en février 2020, les experts du GAFI ont mené une discussion visant à renforcer l'efficacité et l'approche basée sur les risques dans le cadre des futures évaluations mutuelles et du processus de suivi des pays examinés. Ces discussions se sont poursuivies durant les séances plénières du GAFI en 2021<sup>595</sup>. Cette approche poursuivie doit être saluée, car elle signale une volonté d'optimiser les processus existants.

Le GAFI a établi des principes de gouvernance qui ne sont pas publiquement accessibles. Il ne s'agit pas du seul document qui ne peut être consulté, car on ignore par exemple les critères ayant conduit en juin 2019 à l'admission de l'Arabie saoudite en qualité d'État membre. De plus, les documents répertoriant les motifs justifiant un *listing* ou *delisting* d'un pays ou encore comment les États membres parviennent à atteindre un *consensus* lors des séances plénières du GAFI ne sont pas accessibles au public. Enfin, on ignore s'il existe un code de conduite pour les évaluateurs qui mènent des évaluations mutuelles conjointement au secrétariat du GAFI, sachant que ces évaluations peuvent entraîner des conséquences importantes pour les pays évalués. Par conséquent, une véritable confiance institutionnelle ne peut pas être instaurée, ce qui est préjudiciable pour un organisme intergouvernemental ayant un rayonnement international et consacrant des moyens financiers et stratégiques si importants à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

---

<sup>594</sup> Message du Conseil fédéral du 26 juin 2019 concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF 2019 5237, p. 5339.

<sup>595</sup> Outcomes FATF Plenary, Paris, 19-21 February 2020, 21 February 2020, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<[www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org)>); consulter à ce titre: <<https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/outcomes-fatf-plenary-february-2020.html>> (22. 11. 2021). Voir aussi les résumés des autres séances plénières, consulter à ce titre: <[https://www.fatf-gafi.org/publications/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf\\_releasedate\)](https://www.fatf-gafi.org/publications/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate))> (22. 11. 2021).

Deuxième partie :

**Les plus grandes affaires de blanchiment d'argent  
et l'évolution du cadre législatif suisse**





# I Chronologie des plus grandes affaires de blanchiment d'argent en Suisse

## 1. Introduction et délimitations

Au cours des dernières décennies, la place financière suisse a connu plusieurs cas de blanchiment d'argent ayant un rayonnement international. Dans les années quatre-vingt, les affaires *Pizza Connection*<sup>596</sup> et *Lebanon Connection*<sup>597</sup> ont révélé l'implication à large échelle d'intermédiaires financiers suisses dans le blanchiment d'argent lié au trafic des stupéfiants. Par la suite, les affaires Marcos, Duvalier, Abacha et Montesinos et récemment les *Luanda Leaks* ont démontré que la Suisse a servi «d'havre de paix» pour accumuler des fonds de dictateurs et de leurs proches provenant de gestion déloyale et d'actes de corruption<sup>598</sup>. Récemment, l'implication des banques helvétiques dans des affaires de corruption dans les pays émergents ou leur participation dans des opérations de blanchiment d'argent à grande échelle a défrayé la chronique. Selon l'organisation non gouvernementale *Global Financial Integrity* (GFI), la fuite de capitaux par le biais de flux monétaires illégaux (*illicit financial outflows*) provenant de 148 pays en voie de développement, s'élevait entre 598 à 807 milliards USD en 2015<sup>599</sup>. La notion de flux monétaires illégaux comprend, selon la définition de GFI, les avoirs d'origine illicite ou l'utilisation et le transfert illégal de valeurs patri-

---

<sup>596</sup> Selon un article de Daniel Puntas Bernet du 6 avril 2008 dans la NZZ, 1.6 milliard USD issus du trafic de stupéfiants ont été blanchis par des banques suisses entre 1982 et 1985 sous le couvert de pizzerias à New York, in: Neue Zürcher Zeitung (NZZ), (<[www.nzz.ch](http://www.nzz.ch)>), «Skandale, Krisen, Spekulanten», consulter à ce titre: <[https://www.nzz.ch/skandale\\_krisen\\_spekulanten-1.702690](https://www.nzz.ch/skandale_krisen_spekulanten-1.702690)> (22.11.2021).

<sup>597</sup> L'affaire *Lebanon Connection* conduisit à la démission de la Conseillère fédérale Elisabeth Kopp, suite à l'implication de son mari dans un scandale de blanchiment d'argent.

<sup>598</sup> PIETH, Der Einfluss des internationalen Rechts auf das Schweizer Recht, p. 239.

<sup>599</sup> Global Financial Integrity (GFI), Illicit Financial Flows to and from 148 Developing Countries: 2006-2015, 28 janvier 2019. L'étude de GFI tient compte de deux approches de calcul différentes et aboutit ainsi à deux chiffres, c'est pourquoi nous avons reproduit une fourchette des résultats.

moniales<sup>600</sup>. Une autre étude de l'OCDE, qui date de 2014, arrive à la conclusion que le blanchiment d'argent, l'évasion fiscale et la corruption sont une source importante de flux monétaires illicites<sup>601</sup>. Comme l'a soulevé la FINMA, plusieurs intermédiaires financiers helvétiques se sont trouvés ces dernières années à l'épicentre de scandales de corruption suite à une prise de risque inconsidérée, accompagnée d'une mauvaise gestion et de manquements aux devoirs de diligence<sup>602</sup>.

Dans ce chapitre, nous étudierons d'abord les trois phases du blanchiment d'argent pour ensuite présenter de manière chronologique les plus grandes affaires de blanchiment d'argent qui ont particulièrement touché la place financière helvétique durant ces dernières décennies. Ensuite, nous analyserons si ces affaires ont influencé la réglementation de lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse. À ce titre, il convient de souligner que les mesures décrites et engagées par la CFB, la FINMA et le MPC proviennent de sources publiquement accessibles et visent à donner un aperçu sélectif et exemplatif. Il s'ensuit que ce travail n'inclut pas l'ensemble des investigations et des procédures engagées par ces autorités qui n'ont pas été rendues publiques. Par souci de concision, loin de viser l'exhaustivité de toutes les mesures et condamnations prononcées, l'accent de notre recherche est mis sur l'impact des plus grandes affaires de blanchiment d'argent sur la réglementation anti-blanchiment suisse.

## 2. Les trois phases du blanchiment d'argent

À titre liminaire, il convient d'opérer une distinction entre la notion juridique et la définition criminologique du blanchiment d'argent<sup>603</sup>. Les notions juridiques dépendent de la législation propre à un pays : les infractions préalables au blanchiment d'argent peuvent varier d'un État à l'autre<sup>604</sup>. En revanche, les notions criminologiques peuvent se recouper<sup>605</sup>. Le Message du Conseil fédéral de 1989 contient la définition crimino-

---

<sup>600</sup> Global Financial Integrity (GFI), *Illicit Financial Flows to and from 148 Developing Countries: 2006-2015*, 28 janvier 2019, ch. vii.

<sup>601</sup> OCDE, *Illicit Financial Flows from Developing Countries Measuring OCDE Response*, 2014, p. 11.

<sup>602</sup> FINMA, *Rapport annuel 2017*, p. 7.

<sup>603</sup> BSK StGB-PIETH ad Vor Art. 305<sup>bis</sup> N 7; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>bis</sup> N 1 s.; CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 13 s.; *Kommentar Kriminelles Vermögen 2018*, ACKERMANN/ZEHNDER ad Art. 305<sup>bis</sup> StGB N 14; STRATENWERTH/BOMMER, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II*, par. 55; REHBERG, *Zürcher Grundrisse des Strafrechts*, p. 359; BECKER, thèse, p. 11 et p. 13 à 16; TAUBE, thèse, p. 9 à 10; SCHRÖDER, p. 19 à 21.

<sup>604</sup> PIETH, *Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz*, p. 8 et les références citées; KIRSCH, *Geldwäschereitechniken*, p. 3, chap. 2.1.

<sup>605</sup> *Kommentar Kriminelles Vermögen 2018*, ACKERMANN/ZEHNDER ad Art. 305<sup>bis</sup> StGB N 9, N 10, à titre d'exemple; cf. PONTE, *Finanzwelt*, p. 54: «[...] *Mit der Geldwäscherei versucht der Täter, sein kriminell erworbenes Geld durch Verwischung der Spuren über die Herkunft vor der Einziehung durch den Staat zu schützen, und er versucht dieses Geld mit einer Legende*

logique suivante du blanchiment d'argent: «*La définition criminologique du blanchissage d'argent devrait contenir les éléments suivants: des valeurs patrimoniales (fonds d'origine délictueuse ou autres <fonds de roulement>) d'une organisation criminelle sont systématiquement maquillées au moyen d'opérations financières (pas d'ensevelissement pur et simple du butin), afin de les soustraire à la perspicacité des organes de poursuite pénale et d'en conserver la valeur économique.*»<sup>606</sup> Or, bien qu'il existe différentes définitions criminologiques du blanchiment d'argent<sup>607</sup> prévoyant deux<sup>608</sup> ou trois étapes dans le processus de blanchiment, la notion qui s'est imposée et qui a été retenue par la doctrine majoritaire et sur le plan international<sup>609</sup> est celle de la *President's Commission on Organized Crime* de 1984: «*Money Laundering is the process by which one conceals the existence, illegal source, or illegal application of income, and then he disguises that income to make it appear legitimate.*»<sup>610</sup>

Les notions criminologiques et phénoménologiques du blanchiment d'argent étaient trop indéterminées pour être codifiées en tant que telles. Il a été donc nécessaire de formuler une notion juridique à l'art. 305<sup>bis</sup> CP<sup>611</sup> qui est, par ailleurs, la seule définition normative du blanchiment d'argent dans la législation suisse<sup>612</sup>. Le Tribunal fédéral, quant à lui, définit le blanchiment d'argent comme étant: «*[...] der Vorgang des Verheimlichens oder Verschleierns von Vermögenswerten illegaler Herkunft, mit dem Ziel, den Eindruck zu erwecken, sie seien legal erworben. Die ursprünglich schmutzigen Vermögenswerte werden durch diesen Vorgang <gewaschen> und dann in den legalen wirtschaftlichen Kreislauf wieder eingeschleust [...].*»<sup>613</sup>

---

*nutzbringend anzulegen. Bekämpft man dieses Vorhaben, bekämpft man zugleich die der Geldwäscherei vorausgegangene Tat. Diese kann sein: ein grösserer Drogenhandel, ein illegales Waffen- oder Nukleargeschäft, ein Betrug usw. [...].*

<sup>606</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 965.

<sup>607</sup> Pour les différentes notions criminologiques consulter BECKER, thèse, p. 13 à 16 ainsi que Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, ACKERMANN/ZEHNDER ad Art. 305<sup>bis</sup> StGB N 10 à N 13.

<sup>608</sup> BERNASCONI, Finanzunterwelt, p. 29; GRABER, thèse, p. 56; KIRSCH, Geldwäschereitechniken, p. 15; Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1060, qui distinguent les phases de la conversion puis de la dissimulation.

<sup>609</sup> BSK StGB-PIETH ad Vor Art. 305<sup>bis</sup> N 8; PIETH, Die Praxis der Geldwäscherei, p. 14; REINLE, Die Meldepflicht im GwG, p. 21, N 50.

<sup>610</sup> GAFI, Rapport annuel XXIX, 2017-2018, p. 31; BSK StGB-PIETH ad Vor Art. 305<sup>bis</sup> N 7; CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 1; Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, ACKERMANN/ZEHNDER ad Art. 305<sup>bis</sup> StGB N 14; ACKERMANN, Geldwäscherei – Money Laundering, p. 5; GRABER, thèse, p. 55; GIANNINI, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, p. 21 et la note de bas de page n° 100; BRÄUNING, thèse, p. 12 à 14.

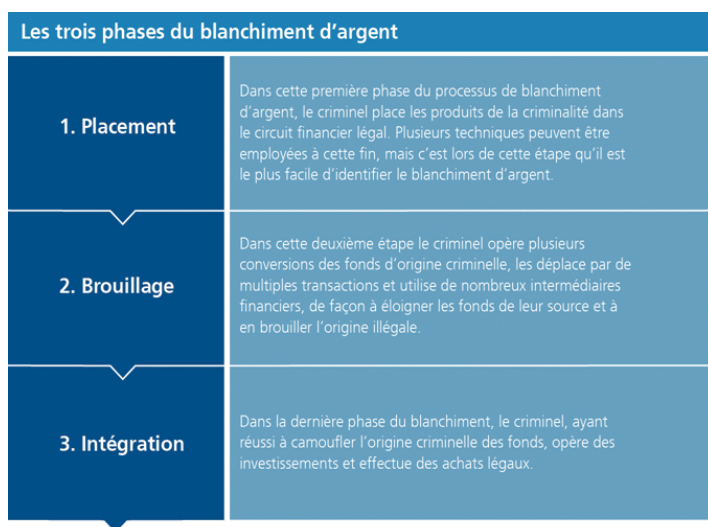
<sup>611</sup> Cf. partie II, titre II, chapitre 4.1.

<sup>612</sup> Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, ACKERMANN/ZEHNDER ad Art. 305<sup>bis</sup> StGB N 17 et les références citées.

<sup>613</sup> ATF 119 IV 59, consid. 2, b, aa, p. 62; in: GIANNINI, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, p. 21 et la note de bas de page n° 101.

Il existe différentes descriptions<sup>614</sup> du processus de blanchiment d'argent, mais celle qui a été retenue par la doctrine majoritaire<sup>615</sup> et qui a été reconnue par différents organismes internationaux dont le GAFI<sup>616</sup> est le modèle de l'administration douanière états-unienne prévoyant trois phases distinctes : le placement (phase I : *placement*), le brouillage des pistes (phase II : *layering*) et l'intégration de l'argent sale dans le circuit financier légal (phase III : *integration*). Même si ce modèle a été originairement développé pour lutter contre le blanchiment d'argent des produits issus du trafic de stupéfiants, il est flexible et transférable à d'autres infractions préalables. Il a donc une vocation universelle et peut être employé pour toutes les enquêtes en matière de blanchiment d'argent. Les différentes phases ne se suivent pas nécessairement, mais peuvent aussi se recouper<sup>617</sup>. Par ailleurs, et comme le démontre le premier graphique, le processus du blanchiment d'argent est présenté comme un modèle linéaire consistant en trois phases distinctes.

### Graphique 1<sup>618</sup>



<sup>614</sup> Pour un aperçu des différents modèles de blanchiment d'argent : KIRSCH, *Geldwäschereitechniken*, p. 19 à 30 ; BECKER, thèse, p. 21 à 36.

<sup>615</sup> BSK StGB-PIETH ad Vor Art. 305<sup>bis</sup> N 10 et les références citées ; SCHRÖDER, *Die Umsetzung der revidierten FATF-Standards in der Schweiz und in der EU*, p. 20 ; ROMANO, *Defeating the Hydra*, p. 284 ; KIRSCH, *Geldwäschereitechniken*, p. 30 et la note de bas de page n° 104, qui mentionne le GAFI, l'OCDE, le FMI, la Banque mondiale et l'ONU ; WIENOLD, thèse, p. 34 s.

<sup>616</sup> Cf. GAFI, *Rapport annuel XXIX, 2017-2018*, p. 31.

<sup>617</sup> KIRSCH, *Geldwäschereitechniken*, p. 30 à 31 ; BRÄUNING, thèse, p. 206.

<sup>618</sup> Les trois phases du blanchiment d'argent selon PIETH : *Zur Einführung : Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz*, p. 13 à 15.

PIETH considère que la phase du «brouillage des pistes» (phase II *layering*) est sans doute la plus significative dans le cas de la Suisse. Durant cette phase, les criminels utilisent des transactions financières pour blanchir l'argent ou des techniques leur permettant d'interrompre ou de ne laisser aucune trace de la transaction effectuée (*paper trail*). À titre d'exemple, ils changent de petites coupures en grandes ou font recours au transport physique de marchandises. Par ailleurs, des structures complexes et des sociétés sont fondées par des avocats liés au secret professionnel dans des pays ne pratiquant pas, ou de manière très faible, l'entraide judiciaire et connaissant encore le secret bancaire. Outre les méthodes classiques susmentionnées, des nouvelles méthodes de blanchiment sont constamment développées<sup>619</sup>. En font notamment partie le commerce d'objets d'art et de biens immobiliers, les *Initial Coin Offerings* (ICO)<sup>620</sup>, la vente et l'achat de cryptomonnaies et de *stablecoins*.

Le Groupe de coordination interdépartemental sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (GCBF) arrive toutefois à une conclusion plus nuancée en retenant que le secteur financier suisse est exposé aux trois phases de blanchiment d'argent. Les actes de blanchiment d'argent faisant suite à des infractions préalables commises à l'étranger concerneraient principalement les phases II (*layering*) et III (*integration*)<sup>621</sup>. Enfin, la deuxième analyse nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme publiée en octobre 2021 a confirmé que la Suisse continue d'être surtout exposée au blanchiment d'argent issu d'infractions préalables commises à l'étranger, ce qui s'explique par sa place financière internationale<sup>622</sup>.

Les cas de blanchiment d'argent analysés<sup>623</sup> démontrent que tant la position du GCBF que celle de PIETH sont pertinentes. En effet, la Suisse peut être utilisée tout au long des trois phases pour blanchir l'argent sale; mais il s'avère que c'est la phase du brouillage des pistes (phase II: *layering*) qui est la plus utilisée dans le secteur financier helvétique. Par ailleurs, il est vrai que le secteur financier exerce un attrait particulier sur les blanchisseurs d'argent. En particulier, les établissements bancaires sont particulièrement vulnérables aux activités de ces derniers. La conversion des valeurs patrimoniales est souvent le fait d'hommes de paille ou de sociétés écrans utilisés

---

<sup>619</sup> BSK StGB-PIETH ad Vor Art. 305<sup>bis</sup> N9.

<sup>620</sup> Lors d'un ICO, les investisseurs virent des valeurs patrimoniales, qui sont en règle générale des cryptomonnaies, à l'organisateur de l'ICO. En échange, ils reçoivent des *coins* ou *tokens* qui sont créés sur la base d'une *blockchain* développée pour l'ICO ou au moyen d'un *smart contract* sur une *blockchain* existante qui est enregistrée de manière décentralisée; cf. Guide pratique de la FINMA sur les ICO, 2018, chap. 1.

<sup>621</sup> Rapport du GCBF sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment, p. 11, chap. 3.1.1.

<sup>622</sup> Deuxième rapport du GCBF sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment, p. 5.

<sup>623</sup> Pour la casuistique relative aux plus grandes affaires de blanchiment d'argent, le lecteur est renvoyé aux chapitres 2.1 et suivants.

pour effectuer des opérations transactionnelles compliquées et assez peu transparentes<sup>624</sup>. Par exemple, en effectuant des virements entre des entreprises faisant partie du même groupe de sociétés, ou en faisant des prêts et des investissements fictifs entre personnes morales ou physiques, afin de brouiller les pistes et dissimuler l'argent sale. Les valeurs patrimoniales sont ensuite présentées sous forme d'un revenu ordinaire et reversées sur les comptes de sociétés afin d'y être intégrées moyennant des opérations dans le circuit financier légal<sup>625</sup>.

Ce processus a un point faible: le moment où les blanchisseurs essaient pour la première fois d'introduire leurs gains dans le circuit financier légal, soit le point de contact entre les fonds d'origine illicite, d'une part, et le système financier légal d'autre part. En effet, c'est à ce moment que les valeurs patrimoniales quittent pour la première fois la zone d'influence exclusive du crime organisé et que leur origine reste repérable. Idéalement c'est à ce stade que la lutte contre le blanchiment devrait s'opérer<sup>626</sup>. Toutefois, dans la pratique, les fonds illicites ne sont pas toujours facilement détectables puisque les criminels s'emploient à brouiller les pistes. Ainsi, dans les récentes affaires de blanchiment d'argent liées à des faits de corruption<sup>627</sup>, lorsque les valeurs patrimoniales ont été versées sur des comptes d'établissements bancaires en Suisse afin d'être réintégrées ou réinvesties dans des opérations commerciales, ou pour des motifs de gestion de trésorerie, les intermédiaires financiers ne sont pas parvenus à détecter leur origine illégale. Dans d'autres cas, les établissements bancaires se sont retrouvés au cœur de grandes affaires de blanchiment d'argent suite à leur mauvaise évaluation des risques, et parce qu'ils n'ont pas suffisamment fait preuve d'esprit critique en s'interrogeant par exemple davantage sur l'origine de la fortune ou le but économique de certaines opérations financières<sup>628</sup>.

Le blanchiment d'argent est avant tout un phénomène international qui ne peut pas être abordé isolément par un seul pays<sup>629</sup>. Les rapports du GAFI sur les typologies et les méthodes de blanchiment d'argent sont certes importants pour sensibiliser le secteur privé et pour reconnaître les différentes techniques de blanchiment utilisées, mais ils peuvent se révéler déjà obsolètes au moment de leur publication<sup>630</sup>. Il s'ensuit

---

<sup>624</sup> Cf. KIRSCH, Geldwäschereitechniken, p. 8, qui indique le recours à des hommes de paille, à savoir des personnes qui effectuent des transactions en leur propre nom, mais qui en réalité agissent pour autrui. Pour ce faire, ils mettent à disposition leur identité afin d'être inscrits dans des registres officiels.

<sup>625</sup> Pour une description plus détaillée, consulter le Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1060.

<sup>626</sup> Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1061; KIRSCH, Geldwäschereitechniken, p. 17.

<sup>627</sup> Cf. partie II, titre I, chapitre 2.11.

<sup>628</sup> Pour la casuistique relative aux plus grandes affaires de blanchiment d'argent, le lecteur est renvoyé aux chapitres 2.1 et suivants.

<sup>629</sup> Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, ACKERMANN/ZEHNDER ad Art. 305<sup>bis</sup> StGB N 32 et les références citées.

<sup>630</sup> KIRSCH, Geldwäschereitechniken, p. 78.

que, compte tenu du caractère évolutif des mécanismes de blanchiment d'argent, le défi consiste de plus en plus à détecter des opérations financières suspectes avant même qu'elles ne soient réalisées. À la lumière de ce qui précède et à l'ère des nouvelles technologies et de la digitalisation, la menace du crime organisé représentera toujours une course contre la montre pour les organismes internationaux et les pays impliqués dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

## 2.1 Le «scandale de Chiasso»

Dans les années soixante, le directeur adjoint et le suppléant de la succursale tessinoise de la Schweizerische Kreditanstalt (aujourd'hui le Credit Suisse) créèrent un système de banque parallèle. Ils transférèrent les avoirs confiés à titre fiduciaire par des clients majoritairement italiens par le biais d'une étude d'avocat tessinoise à une société au Liechtenstein nommée Texon Finanz Anstalt (ci-après: Texon)<sup>631</sup>. Les avoirs transférés à Texon s'élevaient à 2.263 milliards CHF. À la fin mars 1977, 90% de ces avoirs appartenaient à des clients étrangers. Texon ouvrit des comptes en francs suisses avec un taux d'intérêt relativement élevé pour les clients effectuant des versements en devises étrangères. Par ailleurs, dans de nombreux cas, les titulaires des comptes disposaient d'une lettre dûment signée par le directeur adjoint de la succursale tessinoise et son suppléant, fournissant une garantie bancaire. Les garanties bancaires s'élevaient environ à 1.2 milliard CHF à la fin mars 1977. Selon les directives internes de la banque, ni le directeur adjoint ni son suppléant n'étaient autorisés à octroyer des garanties bancaires si importantes<sup>632</sup>. La filiale tessinoise de la Schweizerische Kreditanstalt n'était pas le seul établissement bancaire ayant établi un système de banque parallèle, car en 1977 la Bank Weisscredit à Chiasso s'était surendettée suite au même fonctionnement et a dû par la suite être liquidée<sup>633</sup>. Mais quel fut l'événement déclencheur pour créer un système de banque parallèle?

Le 20 novembre 1974, le Conseil fédéral arrêta une ordonnance instituant des mesures destinées à lutter contre l'afflux de fonds étrangers<sup>634</sup>. Ces mesures avaient été instaurées sur conseil de la BNS afin de limiter la hausse du franc suisse<sup>635</sup>. L'ordonnance prévoyait que les avoirs étrangers déposés en banque et libellés en francs suisses, y compris les fonds fiduciaires qui avaient afflué après le 31 octobre 1974, étaient soumis à l'interdiction de rémunérer et au prélèvement d'une commission maximale de 3% par trimestre. La BNS fixa le taux de commission à 3%, puis à 10%, et limita le volume des ventes à terme, en francs suisses, à des ressortissants étrangers avec effet

---

<sup>631</sup> CAPUS, *Combating money laundering in Switzerland*, p. 123.

<sup>632</sup> ATF 105 Ib 348, p. 351.

<sup>633</sup> ROTH, *Die Spielregeln des Private Banking*, p. 234, chap. 5.1.

<sup>634</sup> Ordonnance du 20 novembre 1974 instituant des mesures destinées à lutter contre l'afflux de fonds étrangers, RO 1974 1822.

<sup>635</sup> Rapport de gestion de la BNS, 1974, p. 38 *in fine*.

au 31 octobre 1974<sup>636</sup>. Or, ces intérêts négatifs ne furent perçus sur les avoirs des clients étrangers ni par la succursale tessinoise de la Schweizerische Kreditanstalt, ni par Texon<sup>637</sup>. Texon échappa au contrôle de la direction et du conseil d'administration de la filiale tessinoise de la Schweizerische Kreditanstalt. Par ailleurs, les garanties bancaires émises pour une partie des placements financiers effectués au bénéfice des clients de Texon furent dissimulées à la société mère de la filiale tessinoise de la Schweizerische Kreditanstalt. Texon fut également utilisée pour reprendre des crédits qui étaient tombés en défaut et pour absorber des pertes provenant de spéculations opérées sur des titres par les hauts dirigeants de la succursale tessinoise. Durant dix ans, la succursale tessinoise agit librement, sans être contrôlée par la société mère ni par la révision interne malgré plusieurs indices laissant supposer des irrégularités dans les activités exercées par ses dirigeants. L'affaire ne fut découverte qu'en avril 1977 par la direction générale de la Schweizerische Kreditanstalt, devenue entre-temps Credit Suisse<sup>638</sup>. Afin d'éviter des réactions de panique à grande échelle, la BNS, l'Union Bank et l'ASB octroyèrent une ligne de crédit de 3 milliards de francs suisses au Credit Suisse<sup>639</sup>. Étant donné que les garanties bancaires avaient été émises par le directeur adjoint et son suppléant, la société mère dut reprendre les dettes de Texon envers les investisseurs. Elle procéda d'abord à un nantissement des actifs de Texon et les céda par la suite<sup>640</sup>.

En mai 1977, la CFB ordonna que les événements de l'affaire Texon soient étudiés par une société d'audit dans le cadre d'un audit extraordinaire. La société de révision arriva à la conclusion que le système de contrôle interne de la société mère était défaillant et avait ainsi contribué à ce que des irrégularités puissent se produire dans la succursale tessinoise. Par la suite, Credit Suisse prit des mesures organisationnelles qui permirent d'améliorer le système de contrôle interne. Par ailleurs, le Ministère public du Sottoceneri ouvrit des procédures pénales à l'encontre des responsables pour délits de droit commun et pour délits contre la législation bancaire<sup>641</sup>.

### 2.1.1 Conclusions

L'année 1977 fut marquée par l'avènement de trois affaires ayant causé de graves pertes pour le secteur financier helvétique: l'affaire Texon engendra une perte de 1.2 milliard CHF, la liquidation forcée de la Weisscredit Bank à Chiasso entraîna une perte d'environ 220 millions CHF<sup>642</sup>. Enfin, la CFB dut prononcer la liquidation de la

---

<sup>636</sup> Rapport de gestion de la BNS, 1974, p. 46 et ATF 105 lb 348, p. 351, traduction de l'allemand.

<sup>637</sup> ATF 105 lb 348, p. 351, traduction de l'allemand.

<sup>638</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1977, p. 23 et 24.

<sup>639</sup> BECKER, thèse, p. 53 et la note de bas de page n° 216.

<sup>640</sup> ATF 105 lb 348, p. 351, traduction de l'allemand.

<sup>641</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1977, p. 24.

<sup>642</sup> BERNASCONI, Finanzunterwelt, p. 164 et la note de bas de page n° 10.



banque Leclerc à Genève, suite à un surendettement du fait de sa responsabilité pour la gestion risquée des dépôts des clients bancaires<sup>643</sup>.

Ces affaires accélérèrent les travaux de codification de la convention relative aux règles de diligence en matière d'acceptation des fonds passée entre la BNS, d'une part, et les banques domiciliées en Suisse, et l'ASB, d'autre part<sup>644</sup>. Par ailleurs, ces cas lancèrent un débat parlementaire sur l'assouplissement des règles du secret bancaire que le peuple suisse refusa fermement<sup>645</sup>. En 1977, l'ASB adopta la CDB 1977<sup>646</sup> qui entra en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1977 pour une durée limitée à cinq ans<sup>647</sup>. La CDB avait pour objectif *de préserver le renom de la place financière suisse et de lutter contre la criminalité économique*<sup>648</sup>. Par ailleurs, la CDB 1977 introduisit pour la première fois l'obligation, pour les établissements bancaires, de vérifier l'identité du cocontractant et de l'ayant droit économique lors de l'entrée en relation d'affaires<sup>649</sup> et prévoit une amende conventionnelle pouvant aller jusqu'à 10 millions de francs suisses en cas de transgression<sup>650</sup>. L'adoption de la CDB 1977 n'eut pas lieu sans encombre. En effet, la SNB et la CFB menacèrent d'introduire une réglementation étatique si le secteur privé ne parvenait pas à un accord<sup>651</sup>. Par ailleurs, la CDB contenait déjà à l'époque des règles issues du droit privé qui prenaient en compte les intérêts de la branche. Or, le but des règles d'identification des clients et de l'interdiction d'accepter des valeurs patrimoniales criminelles, était principalement de protéger la réputation de la place bancaire suisse. Les règles d'identification ont donc été principalement conçues afin de déterminer à qui revient la responsabilité de mener des clarifications<sup>652</sup>. Les dispositions de la CDB n'étaient pas en mesure de remplacer une réponse pénale contre le blanchiment d'argent<sup>653</sup>, ni de lutter contre l'expansion de la criminalité économique sur la place financière suisse<sup>654</sup>. Il fallut attendre que les affaires *Pizza Connection* et *Lebanon Connection*<sup>655</sup> éclatent pour que le législateur entame des travaux législatifs pour réprimer pénalement le blanchiment d'argent.

<sup>643</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1977, p. 27.

<sup>644</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1977, p. 18.

<sup>645</sup> BERNASCONI, Finanzunterwelt, p. 8.

<sup>646</sup> Association suisse des banquiers (ASB), in: (<[www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org)>), consulter à ce titre: <<https://www.swissbanking.org/fr/lassociation/presentation/histoire>> (22. 11. 2021).

<sup>647</sup> Art. 15 CDB 1977.

<sup>648</sup> Préambule CDB 1977.

<sup>649</sup> TRIGO TRINDADE, p. 216; art. 3 CDB 1977.

<sup>650</sup> Art. 14, al. 2, CDB 1977.

<sup>651</sup> PIETH, Der Einfluss des internationalen Rechts auf das Schweizer Strafrecht, p. 248.

<sup>652</sup> PIETH, Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz, p. 20.

<sup>653</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 969.

<sup>654</sup> BERNASCONI, Finanzunterwelt, p. 9.

<sup>655</sup> Cf. partie II, titre I, chapitres 2.3 et 2.4.

## 2.2 L'affaire Banco Ambrosiano

Le 17 septembre 1982, le Ministère public de la République de Milan émit une demande d'extradition à l'encontre de Licio Gelli pour participation à la mise en faillite frauduleuse aggravée du groupe bancaire Banco Ambrosiano. Plusieurs filiales<sup>656</sup> du Banco Ambrosiano Holding Luxembourg, détenues par le Banco Ambrosiano, avaient transféré plusieurs dizaines de millions de dollars américains sur des comptes bancaires en Suisse sur lesquels Licio Gelli, ses proches ou les entités lui appartenant, avaient un pouvoir de disposition<sup>657</sup>. Les autorités bloquèrent des avoirs à hauteur de plus de 100 millions CHF<sup>658</sup> sur des comptes bancaires en Suisse et arrêtrèrent Licio Gelli qui s'était échappé de prison<sup>659</sup>.

### 2.2.1 Conclusions

Cette affaire a notamment incité le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (ci-après : Comité de Bâle)<sup>660</sup> à examiner les fondements de la surveillance consolidée et de la coopération entre les autorités de surveillance. Le Comité de Bâle arriva à la conclusion que les autorités de surveillance du siège d'un groupe bancaire exerçant une activité internationale devaient contrôler sur une base consolidée aussi bien la solvabilité que les aspects organisationnels de tout le groupe financier. Par ailleurs, les autorités de surveillance devaient veiller à ce que les succursales ou filiales appartenant à un groupe financier étranger soient surveillées et que les informations indispensables à la surveillance consolidée soient rendues accessibles aux autorités surveillant la société mère<sup>661</sup>. S'agissant du groupe du Banco Ambrosiano le Comité de Bâle a estimé que :

*«[...] ces principes n'ont pas été respectés pour trois raisons. D'une part, l'autorité de surveillance italienne n'avait pas les compétences nécessaires pour exiger la*

---

<sup>656</sup> Banco Ambrosiano Overseas Limited de Nassau, Ambrosiano Group Banco Comercial S.A. de Managua et Banco Ambrosiano Andino de Lima; ATF 109 Ib 317, consid. 10 a et les références citées.

<sup>657</sup> ATF 109 Ib 317, consid. 10 a et 10 b et les références citées.

<sup>658</sup> BERNASCONI, Finanzunterwelt, p. 29.

<sup>659</sup> Cf. article de presse paru dans la NZZ, «Wie Licio Gelli die Schweiz narrete», Balz Bruppacher, 16 décembre 2015, in: Neue Zürcher Zeitung (NZZ), (<www.nzz.ch>), consulter à ce titre: <https://www.nzz.ch/international/europa/wie-licio-gelli-die-schweiz-narrete-1.18664008> (22.11.2021).

<sup>660</sup> «[...] *Le Comité pour la législation et la surveillance bancaire – aujourd'hui Comité de Bâle sur le contrôle bancaire – a été fondé à la fin de 1974 au sein de la Banque des Règlements Internationaux (BRI) à Bâle. Le Comité de Bâle est la principale instance normative au niveau mondial en matière de réglementation bancaire et sert de point de contact pour la collaboration en matière de surveillance bancaire. Son mandat est de renforcer la surveillance bancaire et de favoriser ainsi la stabilité du monde financier [...]*», in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<www.finma.ch>), consulter à ce titre: <https://www.finma.ch/fr/finma/cooperation-internationale/policies-et-reglementation/cbcb/> (22.11.2021).

<sup>661</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1982, p. 38, chap. 8.3.

*consolidation du groupe; d'autre part l'Ambrosiano Holding SA, Luxembourg, qui contrôlait les banques du groupe situées hors de l'Italie et qui recevait elle-même des crédits bancaires très importants, n'était pas en tant que société holding soumise à une surveillance bancaire. Enfin, les banques sud-américaines du groupe n'étaient pas non plus assujetties à une surveillance ou en tout cas pas à une surveillance appropriée. Ce cas montre qu'il est indispensable de soumettre à une surveillance des sociétés qui, bien qu'elles ne soient pas des banques, contrôlent cependant en tant que sociétés holding diverses banques d'un groupe, accordent des crédits en tant que sociétés financières dominées par une banque ou encore participent au marché inter-bancaire. Le Comité complète dans ce sens ses recommandations pour le traitement des groupes bancaires internationaux.»<sup>662</sup>*

De son côté, la CFB entama les travaux pour introduire une nouvelle ordonnance concernant les banques étrangères qui exerçaient une activité en Suisse, prévoyant expressément qu'une banque étrangère était autorisée à ouvrir une succursale en Suisse à trois conditions principales. D'abord elle devait offrir toutes les garanties d'une activité internationale durable et solide d'un point de vue organisationnel et personnel. Ensuite, elle devait disposer de ressources financières adéquates. Enfin, elle devait être assujettie à une surveillance appropriée dans le pays où était établi son siège. Ce dernier point devait être confirmé par une déclaration de l'autorité de surveillance étrangère s'engageant à informer la CFB s'il devait se produire des événements de nature à remettre en cause les intérêts des créanciers<sup>663</sup>. En outre, les principes préconisés par le Comité de Bâle étaient déjà assurés par les conditions d'autorisations dans la LB<sup>664</sup>. En effet, une autorisation bancaire d'exercer était notamment délivrée à condition que les banques définissent leur champ d'activité et bénéficient d'une organisation appropriée. Autrement dit, les banques se devaient de disposer d'organes aptes à garantir une surveillance appropriée de la gestion de l'établissement<sup>665</sup>.

### **2.3 L'affaire «*Pizza Connection*»**

Dans les années quatre-vingt, l'affaire «*Pizza Connection*» démontra l'envergure du blanchiment d'argent provenant du trafic international de l'héroïne en Suisse. Le nom «*Pizza Connection*» trouve son origine dans une organisation criminelle italo-états-unienne qui recueillait l'argent des dealers d'héroïne auprès de pizzerias aux États-

---

<sup>662</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1982, p. 38 et 39, chap. 8.3.

<sup>663</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1982, p. 16, chap. 2.2; Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 18 janvier 1968 concernant les banques étrangères qui exercent une activité en Suisse, RO 1968 362.

<sup>664</sup> Loi fédérale du 11 mars 1971 modifiant la loi sur les banques et les caisses d'épargne, RO 1971 808; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision de la loi sur les banques du 13 mai 1970, FF 1970 I 1157.

<sup>665</sup> Art. 3, al. 2, let. a, LB.

Unis pour ensuite le blanchir auprès d'établissements bancaires suisses. En 1984, une opération conduite par les autorités états-uniennes, italiennes et suisses permit d'arrêter simultanément une soixantaine de personnes dans différents pays. Selon des estimations faites par les autorités, le chiffre d'affaires réalisé avec le trafic d'héroïne dans l'affaire « *Pizza Connection* » durant les années 1979 à 1984 s'élevait approximativement à 1.6 milliard USD<sup>666</sup>, dont 13 millions USD furent transférés en Suisse et blanchis par le biais d'opérations de spéculation boursière<sup>667</sup>. Le procès relatif à l'affaire « *Pizza Connection* » qui se déroula à Lugano en septembre 1985 mit en évidence les lacunes du droit pénal suisse s'agissant de la punissabilité des actes de blanchiment d'argent<sup>668</sup>. Comme il n'existait pas d'infraction pénale pour le blanchiment d'argent et pour le défaut de vigilance en matière d'opérations financières, les collaborateurs bancaires furent inculpés pour des infractions contre la LStup<sup>669</sup>. Parallèlement, l'ancien procureur général du Sottoceneri, PAOLO BERNASCONI, a souligné l'absence d'une norme pénale pour réprimer le blanchiment d'argent. Fort de ce constat, le Département fédéral de justice et de la police chargea en juillet 1986 PAOLO BERNASCONI d'entamer les travaux préparatoires pour l'élaboration d'une norme pénale punissant le blanchiment d'argent<sup>670</sup>.

### 2.3.1 Conclusions

Cette affaire a déclenché le début des travaux pour élaborer une norme pénale réprimant le blanchiment d'argent en Suisse. Toutefois, il convient de relativiser l'absence jusqu'alors d'une telle norme en Suisse, car, selon une étude effectuée par le GAFI en 1997, la majorité des États membres ne disposait pas encore d'une norme pénale pour réprimer cette infraction dans les années quatre-vingt. La majorité des États membres ont introduit une telle disposition seulement entre 1990 et 1995<sup>671</sup>. La Suisse occupait donc un rôle précurseur avec son projet de loi et la mise en œuvre successive des premières dispositions pénales en la matière.

## 2.4 L'affaire « *Lebanon Connection* »

L'affaire « *Lebanon Connection* » est certainement l'une des affaires les plus intéressantes en raison de sa dimension politique et juridique<sup>672</sup>. Suite à la pression média-

---

<sup>666</sup> BERNASCONI, Finanzunterwelt, p. 37.

<sup>667</sup> BERNASCONI, Finanzunterwelt, p. 27.

<sup>668</sup> BERNASCONI, Flux internationaux de capitaux d'origine illicite, par. 26 à 27.

<sup>669</sup> GRABER, thèse, p. 38.

<sup>670</sup> Message CP 1989, FF 1989 961, 976.

<sup>671</sup> GAFI, Rapport annuel VIII, 1996-1997, Annexe B, p. 61, par. 1 à 3 et Appendice 1 de l'Annexe B, p. 78 à 80.

<sup>672</sup> L'affaire *Lebanon Connection* a été le point de départ pour la création des infractions de blanchiment d'argent et de défaut de vigilance en matière d'opérations financières; cf. partie II, titre II, chapitre 4.

tique, Elisabeth Kopp, la première femme conseillère fédérale, démissionna pour une violation présumée du secret de fonction<sup>673</sup>. À l'époque des faits, son mari était vice-président du conseil d'administration de la société Shakarchi Trading SA dont le nom avait été mis en relation avec le blanchiment de 1.5 milliard USD<sup>674</sup> provenant du trafic de stupéfiants. En effet, le Ministère public tessinois et le MPC menaient une enquête à l'encontre de deux citoyens libanais, les frères Jean et Barkev Magharian. Ceux-ci entretenaient une relation d'affaires avec la société Shakarchi Trading et étaient soupçonnés d'avoir blanchi de l'argent provenant du trafic de stupéfiants. La conseillère fédérale fut informée par deux collaboratrices de l'investigation en cours et appela son mari pour l'informer des grandes lignes de l'investigation tout en le priant de démissionner de son poste et d'appeler sa collaboratrice personnelle pour que cette dernière puisse lui détailler l'information. Le même jour, le mari d'Elisabeth Kopp démissionna du poste qu'il occupait au sein du conseil d'administration de Shakarchi Trading SA. Peu de temps après, la presse révéla l'existence d'une enquête en cours à l'encontre des frères Magharian et des liens existants entre ces derniers et la société du mari d'Elisabeth Kopp. En décembre 1988, la pression médiatique fut telle qu'Elisabeth Kopp démissionna de ses fonctions. À la fin février 1989, le Parlement décida de lever l'immunité d'Elisabeth Kopp et mandata la commission d'enquête parlementaire (CEP) pour élucider les faits à l'origine de cette affaire, et notamment d'éclaircir si Elisabeth Kopp avait violé le secret de fonction<sup>675</sup>. Dans son rapport, la CEP arriva à la conclusion que le comportement d'Elisabeth Kopp avait considérablement nui à la confiance publique. Le rapport souleva que: «[...] *Ce n'est pas en première ligne la faute commise par Mme Elisabeth Kopp lors de l'entretien téléphonique, mais bien plus l'incapacité de l'admettre qui était incompatible avec les devoirs de sa charge [...].*»<sup>676</sup> En 1990, Elisabeth Kopp fut acquittée par la Cour pénale fédérale de la violation du secret de fonction et, la même année, les frères Magharian furent condamnés pour le blanchiment de 32 millions USD provenant des États-Unis. A posteriori, il s'avéra que la société Shakarchi Trading SA n'était pas impliquée dans les activités de blanchiment des frères Magharian<sup>677</sup>.

Suite aux faits relatés par les médias, selon lesquels trois grands établissements bancaires<sup>678</sup> avaient accepté 1.5 milliard en espèces provenant du trafic de stupéfiants des

<sup>673</sup> STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, par. 55.

<sup>674</sup> Rapport de la commission d'enquête parlementaire du 22.11.1989, p. 99.

<sup>675</sup> Rapport de la commission d'enquête parlementaire du 22.11.1989, p. 23 à 34.

<sup>676</sup> Rapport de la commission d'enquête parlementaire du 22.11.1989, p. 230.

<sup>677</sup> Cf. article paru dans Le Temps, Éclairage, «Dix ans après, ce qui reste de l'affaire Kopp, c'est surtout le décor», Sylvie Arsever, 12 janvier 1999, in: Le Temps, (<[www.letemps.ch](http://www.letemps.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.letemps.ch/opinions/eclairage-dix-ans-apres-reste-laffaire-kopp-cest-surtout-decor>> (22.11.2021).

<sup>678</sup> Schweizerische Bankgesellschaft, Schweizerischer Bankverein und Schweizerische Kreditanstalt, in: Rapport de gestion de la CFB, 1989, p. 25 *in fine*, chap. 3.1.1.

frères Magharian, la CFB mena des clarifications. Elle constata que deux grands établissements bancaires avaient accepté 1.5 milliard en espèces provenant du Proche-Orient et du Moyen-Orient durant les trois années précédant l'arrestation des deux frères, dont 36 millions USD étaient issus du trafic de cocaïne d'une bande criminelle colombienne. Cet argent était transféré aux frères Magharian par un intermédiaire arménien qui, à son tour, recevait l'argent par des *money mules* provenant des États-Unis. Ces transactions furent découvertes par hasard à la fin novembre 1986 aux États-Unis. Les banques n'eurent toutefois pas connaissance de cette découverte des autorités états-uniennes. L'enquête de la CFB établit que les deux banques concernées avaient vérifié et documenté correctement l'identité des cocontractants et des ayants droit économiques. Par ailleurs, les banques menèrent des entretiens avec les deux frères, firent des contrôles de sécurité sur les cocontractants et leur arrière-plan économique et vérifièrent la plausibilité des déclarations faites. L'enquête menée par la CFB ne démontra pas une participation intentionnelle des collaborateurs des banques à des actes de blanchiment d'argent moyennant le négoce de devises. Toutefois, la CFB arriva à la conclusion que le rattachement du négoce professionnel de devises à un niveau hiérarchique relativement bas au sein d'un établissement bancaire devait être qualifié de manquement organisationnel et comportait des risques de blanchiment d'argent importants<sup>679</sup>.

#### 2.4.1 Conclusions

L'affaire *Lebanon Connection* eut comme conséquence directe d'accélérer les travaux pour ériger une disposition pénale en matière de blanchiment d'argent. Le 28 novembre 1988, le Conseil fédéral chargea l'Office fédéral de la justice d'élaborer jusqu'au printemps 1989 un projet de norme en matière de blanchiment d'argent, indépendamment de la révision alors en cours des dispositions pénales relatives aux infractions contre le patrimoine<sup>680</sup>. Par ailleurs, le commerce professionnel de devises par les établissements bancaires fut soumis à des conditions d'exploitation plus sévères et dut désormais être formellement approuvé par la CFB: «[...] *Die Bankenkommision ihrerseits kündigte an der Pressekonferenz vom 11. April 1989 an, dass der professionelle Engros-Notenhandel in den Banken in Zukunft ihrer ausdrücklichen Zustimmung bedarf und folglich bei der Überprüfung der dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen für die Banktätigkeit strengeren Anforderungen unterliegt. Diese Geschäftssparte darf nur betrieben werden, wenn durch Geschäftsreglement, Organisation und genügende personelle Dotierung eine zumutbare interne Kontrolle gewährleistet ist [...]*»<sup>681</sup> La CFB concrétisa les obligations pour le commerce professionnel de devises dans sa directive du 6 avril 1990 prévoyant notamment

---

<sup>679</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1989, p. 22 à 25, chap. 3.1.1.

<sup>680</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 977.

<sup>681</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1989, p. 25, chap. 3.1.1.

que la responsabilité de ce commerce incombait à la direction générale d'une banque. De plus, les banques devaient fixer des limites pour chaque commerçant de devises et procéder à des annonces centralisées des chiffres d'affaires réalisés. En cas de soupçons de blanchiment d'argent, la relation d'affaires devait être interrompue, sauf mesures en cours ou imminentes des autorités<sup>682</sup>.

Il sied de relever que l'art. 3, al. 2, let. a, LB<sup>683</sup>, introduit en juillet 1971<sup>684</sup>, prévoyait déjà des exigences générales pour les banques concernant leur organisation. Or, les obligations liées au commerce de devises découlent des exigences relatives à une organisation appropriée qu'un établissement bancaire doit respecter en vertu de l'art. 3, al. 2, let. a, LB<sup>685</sup>. Aujourd'hui, ces obligations ont été davantage précisées à l'art. 12 OB, et dans la Circ.-FINMA 17/1 «Gouvernance d'entreprise – banques»: une banque doit être en mesure de reconnaître, limiter et surveiller les risques opérationnels et juridiques résultant de ses activités commerciales. Pour ce faire, elle doit disposer d'un système efficace de contrôle. Des carences dans l'organisation administrative d'un établissement bancaire peuvent remettre en cause la garantie d'une activité irréprochable<sup>686</sup>.

## 2.5 L'affaire Marcos

En 1986, suite à la chute du dictateur Ferdinand Edralin Marcos (ci-après: Marcos) aux Philippines, la Suisse fut confrontée pour la première fois à un cas de blocage des avoirs de potentats<sup>687</sup>. Le Conseil fédéral ordonna rapidement le gel provisoire des avoirs auprès de tous les intermédiaires financiers suisses concernés en s'appuyant sur la compétence législative que lui confère la Constitution fédérale lorsque *la sauvegarde des intérêts du pays l'exige*<sup>688</sup>. Ce blocage fut une nouveauté, car jusqu'alors

<sup>682</sup> Richtlinien der Eidgenössischen Bankenkommission für die Reglementierung des professionellen Notenhandels in den Banken vom 6. April 1990, in: Eidgenössische Bankenkommission, Bulletin n° 20, p. 101.

<sup>683</sup> Loi fédérale du 11 mars 1971 modifiant la loi sur les banques et les caisses d'épargne, RO 1971 808.

<sup>684</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision de la loi sur les banques du 13 mai 1970, FF 1970 I 1157, 1204.

<sup>685</sup> FINMA, Rapport d'enquête UBS, 2014, p. 14, chap. 4.1.2, traduction de l'allemand.

<sup>686</sup> FINMA, Rapport d'enquête UBS, 2014, p. 14, chap. 4.1.2, traduction de l'allemand.

<sup>687</sup> Selon la définition du dictionnaire Larousse, le potentat est «*une personne disposant d'un pouvoir important en raison de sa richesse et qui en use de façon despotique*», in: Dictionnaire Larousse en ligne (<<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/>>), consulter à ce titre: <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/potentat/62993?q=potentat#62282>> (22.11.2021); BETZ/PIETH définissent les avoirs de potentats comme suit: «[...] Geldern, die eine politische Führungsfigur im Ausland sich durch Machtmissbrauch und Korruption unrechtmässig angeeignet hat [...]», in: BETZ/PIETH, Globale Finanzflüsse, V, chap. 1.

<sup>688</sup> L'art. 184, al. 3, Cst. féd., prévoit dans sa teneur actuelle que «lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige, le Conseil fédéral peut adopter les ordonnances et prendre les décisions nécessaires. Les ordonnances doivent être limitées dans le temps».

aucun autre gouvernement n'avait bloqué des avoirs de potentats de manière préventive en se basant sur la Constitution, avant même qu'une restitution soit formellement demandée par le pays concerné<sup>689</sup>. En mars 1986, la CFB réitéra que le retrait ou l'acceptation de valeurs patrimoniales liées à la famille Marcos ou de personnes physiques et morales proches de ce dernier n'étaient pas admissibles sous l'angle de l'exercice d'une activité irréprochable<sup>690</sup>.

De son côté, la République des Philippines adressa à la fin avril 1986, une demande d'entraide judiciaire formelle à la Suisse<sup>691</sup>. Le blocage provisionnel effectué par les établissements bancaires suisses ne se fit pas sans difficultés, car Marcos et ses consorts s'y opposèrent et firent recours jusqu'au Tribunal fédéral pour débloquer les fonds litigieux. Le recours fut rejeté en juillet 1987<sup>692</sup>, mais il a fallu de nombreux jugements du Tribunal fédéral pour que les valeurs patrimoniales<sup>693</sup> puissent être restituées aux Philippines. En décembre 1997, le Tribunal fédéral<sup>694</sup> approuva le transfert des fonds sur un compte bloqué auprès de la Banque centrale des Philippines. La restitution fut ordonnée, bien que les Philippines n'aient pas été en mesure de présenter un jugement exécutoire<sup>695</sup>. Toutefois, le rapatriement fut subordonné à des garanties de procédure selon le Pacte onusien relatif aux droits civils et politiques<sup>696</sup>. La procédure pénale à l'encontre des prévenus devait notamment être conduite dans le respect des principes de l'État de droit. Par ailleurs, une partie des avoirs récupérés devait être utilisée pour indemniser les victimes des violations des droits de l'homme perpétrées par le régime Marcos et la Suisse devait être régulièrement informée des projets. Il a fallu cinq ans pour que le Parlement philippin adopte une loi correspondante en février 2013<sup>697</sup>.

### 2.5.1 Conclusions

Selon BETZ/PIETH, le processus de restitution des avoirs de potentats comprend les quatre phases suivantes: *tracing*, *freezing*, *confiscation* et *recovery*<sup>698</sup>. Or, l'affaire Marcos a marqué un tournant pour la Suisse et a préparé le terrain pour d'autres cas semblables puisque les fonds furent bloqués en s'appuyant sur la Constitution fédérale

---

<sup>689</sup> Rapport du DFAE, L'expérience de la Suisse en matière de restitution des avoirs de potentats, 2016, p. 5.

<sup>690</sup> BERNASCONI, Finanzunterwelt, p. 47.

<sup>691</sup> ATF 113 Ib 257, p. 261 et les références citées.

<sup>692</sup> ATF 113 Ib 257, p. 261 et les références citées.

<sup>693</sup> 685 millions USD.

<sup>694</sup> ATF 123 II 595, consid. 5.

<sup>695</sup> BECKER, thèse, p. 61.

<sup>696</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, ratifié le 18 juin 1992 et entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (RS 0.103.2).

<sup>697</sup> Message LVP 2014, FF 2014 5121, p. 5127; Rapport du DFAE, L'expérience de la Suisse en matière de restitution des avoirs de potentats, 2016, p. 10 et 12.

<sup>698</sup> BETZ/PIETH, Globale Finanzflüsse, V, chap. 1.



et non pas sur une demande d'entraide formelle<sup>699</sup>. Bien que ce procédé ait été considéré comme novateur pour l'époque, il met en évidence une faiblesse législative: à l'époque, la Suisse ne disposait pas d'une base légale formelle pour bloquer et confisquer les avoirs de potentats<sup>700</sup>. Si la Suisse a profité de son avantage concurrentiel pour accueillir les valeurs patrimoniales de dictateurs, en raison de son secret bancaire solide et de son secteur financier particulièrement performant, elle a réalisé qu'il était nécessaire d'agir rapidement afin de restituer ces avoirs aux pays lésés. En procédant au blocage des avoirs de potentats conformément à l'art. 184, al. 2, Cst. féd., le Conseil fédéral a voulu préserver la réputation de la place financière Suisse<sup>701</sup>.

S'agissant des aspects législatifs, l'affaire Marcos a conduit à une révision complète de l'EIMP. Cette révision était notamment nécessaire, car la durée de la procédure d'exécution d'entraide en matière pénale était devenue excessive suite aux multiples voies de recours que prévoyait cette loi. Le cœur du projet de révision a réglementé de manière précise les conditions garantissant, notamment, que les valeurs patrimoniales réclamées soient remises aux ayants droit légitimes dans le cadre d'une procédure pénale étrangère<sup>702</sup>.

En ce qui concerne la surveillance bancaire, la CFB examina si les banques avaient respecté les ordonnances de blocage. Les investigations permirent de constater que les banques concernées connaissaient à tout moment les ayants droit économiques des fonds gérés et que les valeurs patrimoniales étaient immédiatement bloquées<sup>703</sup>. Suite à l'affaire Marcos, la CFB exigea en outre que la responsabilité pour l'acceptation et la poursuite des relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées soit du ressort de la direction à son plus haut niveau ou d'un membre de celle-ci et ne soit pas déléguée à un service subordonné<sup>704</sup>. Les risques de blanchiment d'argent et d'atteintes à la réputation liés à ces relations d'affaires justifient à notre sens ce durcissement de la pratique de la CFB. Par ailleurs, le processus ainsi instauré permit de s'assurer que la direction soit au courant des relations d'affaires avec des personnes

---

<sup>699</sup> Message LVP 2014, FF 2014 5121, p. 5127; Rapport du DFAE, L'expérience de la Suisse en matière de restitution des avoirs de potentats, 2016, p. 10 et 12.

<sup>700</sup> Voir à ce sujet aussi la critique formulée par BECKER, thèse, p. 65 et BETZ/PIETH, *Globale Finanzflüsse*, V, chap. 3.

<sup>701</sup> PIETH, *Der Einfluss des internationalen Rechts auf das Schweizer Strafrecht*, p. 282.

<sup>702</sup> Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mars 1995, FF 1995 III 1, 13; PIETH, *Der Einfluss des internationalen Rechts auf das Schweizer Strafrecht*, p. 282.

<sup>703</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1987, chap. 3.1.2, p. 29.

<sup>704</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1987, p. 156.

politiquement exposées et qu'elle assume sciemment le risque et la responsabilité en cas d'entrée en relation d'affaires.

## 2.6 Les affaires Duvalier et Mobutu

Jean-Claude Duvalier (ci-après : Duvalier), nommé *Baby Doc*, avait seulement 19 ans lorsqu'il fut désigné président à vie de la République d'Haïti après le décès de son père. En 1985, suite aux premières révoltes à Haïti, Duvalier prit la fuite<sup>705</sup>. En avril 1986, la République d'Haïti présenta à la Suisse une demande d'entraide judiciaire suite à une procédure pénale initiée contre Duvalier et les membres de sa famille. Selon les faits relatés dans la requête d'entraide, l'ex-président et sa famille avaient détourné environ 900 millions USD au préjudice de l'État haïtien. Faisant suite à cette demande d'entraide, la Suisse gela provisoirement 2.4 millions USD se trouvant sur des comptes bancaires suisses. Elle demanda parallèlement à la République d'Haïti de fournir des assurances quant à l'interdiction d'ériger des tribunaux d'exception, et quant à la régularité de la procédure pénale initiée à l'encontre de Duvalier et les membres de sa famille. Après de longs échanges avec la République d'Haïti, la Suisse obtint des assurances en août 1990. Au mois de septembre 1991, le Président fut destitué et le pays tomba à nouveau dans une période d'instabilité politique<sup>706</sup>. En novembre 1996, la République d'Haïti fournit des nouvelles garanties aux autorités suisses. Toutefois, les assurances formulées n'étaient pas suffisantes, compte tenu de l'instabilité des institutions et de l'absence de progrès en matière de droits de l'homme. Par ailleurs, le pays ne fit pas preuve d'une réelle volonté pour mener à bien la procédure pénale initiée contre Duvalier et sa famille<sup>707</sup>.

En juin 2002, le Conseil fédéral ordonna le blocage des avoirs de Duvalier en Suisse, par la voie d'une ordonnance fédérale, en se basant sur l'art. 184, al. 3, Cst. féd., pour une durée de trois ans et chargea le DFAE d'aider les parties impliquées à trouver une solution satisfaisante. L'ordonnance du Conseil fédéral fut prolongée en juin 2005 pour une durée de deux ans, puis pour une année supplémentaire en août 2007<sup>708</sup>. Dans un arrêt de janvier 2010, le Tribunal fédéral arriva à la conclusion que l'infraction relative à la participation à une organisation criminelle de la mère de Duvalier était prescrite en 2001 et décida que la requête d'entraide était de ce fait irrecevable<sup>709</sup>. Il releva qu'il serait nécessaire de procéder à une adaptation des bases légales en ce domaine<sup>710</sup>.

---

<sup>705</sup> Rapport du DFAE, L'expérience de la Suisse en matière de restitution des avoirs de potentats, 2016, p. 13.

<sup>706</sup> ATF 136 IV 4, let. a, p. 5 et les références citées.

<sup>707</sup> ATF 136 IV 4, let. a, p. 6 et les références citées.

<sup>708</sup> ATF 136 IV 4, let. b, p. 6 et les références citées.

<sup>709</sup> ATF 136 IV 4, consid. 6.8 et les références citées.

<sup>710</sup> ATF 136 IV 4, consid. 6.8 et les références citées.

Joseph-Désiré Mobutu (ci-après: Mobutu) était le président du Zaïre, aujourd'hui la République démocratique du Congo, de 1965 à mai 1997, lorsqu'il dut s'exiler au Maroc, où il décéda quelques mois plus tard. Sa fortune était estimée à 4 milliards USD et comprenait 20 biens immobiliers qu'il avait acquis en faisant mainmise sur les riches ressources minières du Zaïre. Le montant global de sa fortune correspondait à l'époque à la dette extérieure du pays. Après la chute de Mobutu, les autorités suisses localisèrent un compte en banque et une villa totalisant une valeur de 7.7 millions CHF. Dès réception de la demande d'entraide judiciaire de la République démocratique du Congo, la Suisse ordonna le blocage des valeurs patrimoniales et séquestra le bien immobilier sur la base de l'art. 184, al. 3, Cst. féd., comme elle l'avait déjà fait dans les affaires Marcos et Duvalier. En 2003, la Suisse se vit contrainte de mettre fin au processus d'entraide judiciaire faute de demande d'entraide complète de la République démocratique du Congo. Par ailleurs, aucune procédure pénale n'avait été engagée à l'encontre de Mobutu par le pays d'origine. Toutefois, le blocage des avoirs fut prolongé deux fois afin de trouver une solution avec la République démocratique du Congo. En 2006, le Tribunal fédéral<sup>711</sup> statua: le blocage des valeurs patrimoniales qui se basait sur un jugement entré en force violait le principe de la proportionnalité, ne serait-ce que par sa durée excessive. En raison des prescriptions légales et judiciaires, la Suisse devait remettre les fonds aux héritiers de Mobutu, ce qu'elle fit en 2009<sup>712</sup>.

À la suite des affaires Duvalier et Mobutu, le Parlement adopta la LRAI, aussi nommée *Lex Duvalier*, qui entra en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2011. La LRAI constituait la base légale pour bloquer et confisquer les avoirs des potentats, pour autant que l'entraide judiciaire ne soit pas possible, suite à la défaillance des structures étatiques dans le pays d'origine des fonds. Il sied de relever que la LRAI avait un champ d'application limité, dans la mesure où elle ne concernait que des États ayant des structures défaillantes (*failed states*)<sup>713</sup>.

La LRAI fut remplacée par la LVP qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016. Selon l'art. 1 LVP, le blocage, la confiscation et la restitution de valeurs patrimoniales des personnes politiquement exposées à l'étranger ou de leurs proches est admissible lorsqu'il y a lieu de supposer que ces valeurs ont été acquises par des actes de corruption ou de gestion déloyale, ou par d'autres crimes. Par conséquent, le champ d'application de la LVP est plus large que celui de l'ancienne loi. Le blocage en vue de l'entraide

---

<sup>711</sup> ATF 132 I 229, consid. 7.

<sup>712</sup> Rapport du DFAE, L'expérience de la Suisse en matière de restitution des avoirs de potentats, 2016, p. 16 à 17; BECKER, thèse, p. 63 à 64.

<sup>713</sup> BETZ/PIETH, *Globale Finanzflüsse*, V, chap. 3.

judiciaire (art. 3 LVP) ou en vue de la confiscation en cas d'échec de l'entraide judiciaire (art. 4 LVP) est possible aux conditions suivantes<sup>714</sup>:

- Le gouvernement ou certains de ses membres ont perdu le pouvoir ou un changement de pouvoir apparaît inexorable (art. 3, al. 2, let. a, LVP); le degré de corruption dans l'État doit être notoirement élevé (let. b); il doit apparaître vraisemblable que les valeurs patrimoniales ont été acquises par des crimes (let. c) et la sauvegarde des intérêts de la Suisse doit exiger le blocage (let. d);
- Les valeurs patrimoniales ont fait l'objet d'une mesure provisoire de saisie dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale ouverte à la demande de l'État d'origine (art. 4, al. 2, let. a, LVP);
- L'État d'origine n'est pas en mesure de répondre aux exigences de la procédure d'entraide judiciaire du fait de l'effondrement ou du dysfonctionnement de son appareil judiciaire (art. 4, al. 2, let. b, LVP);
- Lors du dépôt d'une demande d'entraide judiciaire, la coopération avec l'État d'origine est exclue s'il existe des soupçons qu'il ne respecte pas les principes procéduraux selon l'art. 2, let. a, EIMP (art. 4, al. 3, LVP).

Lors des débats parlementaires, une clause de sauvegarde a été insérée à l'art. 13, al. 3, LVP<sup>715</sup>. Celle-ci prévoit que la transmission des informations, notamment bancaires, au pays requérant est exclue si ce dernier est défaillant, ou si la vie ou l'intégrité corporelle des personnes concernées est menacée. La confiscation administrative des valeurs patrimoniales est prononcée par le Tribunal administratif fédéral en vertu de l'art. 14 LVP. Elle s'opère sur la base d'un renversement du fardeau de la preuve selon lequel l'origine illicite des valeurs patrimoniales est présumée (art. 15 LVP). Enfin, l'art. 7, al. 1, LVP, prévoit une obligation de communiquer extensive qui ne s'applique pas seulement aux intermédiaires financiers, mais à toutes les personnes et institutions qui détiennent ou gèrent en Suisse des valeurs patrimoniales de personnes concernées par une mesure de blocage. S'ajoute également une obligation pour toutes les personnes qui, sans détenir ou gérer des valeurs patrimoniales, ont connaissance de par leurs fonctions de l'existence de tels avoirs (art. 7, al. 2, LVP).

### 2.6.1 Conclusions

Notre analyse révèle que le rapatriement des avoirs de potentats se révèle particulièrement difficile lorsque les valeurs patrimoniales proviennent de pays dans lesquels les structures étatiques sont faibles. C'est le cas lorsque ces pays ne sont pas en mesure de conduire des procédures d'entraide judiciaire ou pénales, ou qu'ils sont confrontés à un changement de régime apparent, ou encore lorsque les personnes concernées disposent toujours d'une influence importante dans le pays<sup>716</sup>. L'identification, le blo-

---

<sup>714</sup> Dans le même sens BETZ/PIETH, *Globale Finanzflüsse*, V, chap. 3.

<sup>715</sup> Message LVP 2014, FF 2014 5121, p. 5158; BETZ/PIETH, *Globale Finanzflüsse*, V, chap. 3.

<sup>716</sup> BETZ/PIETH, *Globale Finanzflüsse*, V, chap. 1.

cage et le rapatriement efficaces des avoirs acquis par les PPE étrangères de manière illégale et déposés en Suisse comportent des risques de réputation élevés. Dans de nombreux cas, la Suisse a réussi à rapatrier des montants importants, mais les procédures d'entraide sont longues et certaines d'entre elles sont toujours en cours. Durant les 15 dernières années, la Suisse a restitué environ 1.8 milliard CHF alors que la Banque mondiale évalue entre 4 à 5 milliards USD le montant des valeurs patrimoniales restituées à l'échelle mondiale durant cette même période<sup>717</sup>. Du point de vue de la lutte contre le blanchiment d'argent, les leçons de l'affaire Duvalier, intervenue peu de temps après l'affaire Marcos, ont donné lieu à une vraie avancée législative dans le domaine<sup>718</sup>.

## 2.7 L'affaire *Mani pulite*

En 1993, l'Italie fut lourdement touchée par le scandale *mani pulite e tangentopoli* en relation avec le paiement de pots-de-vin versés à des partis politiques, des politiciens, des anciens ministres ainsi qu'à des fonctionnaires italiens<sup>719</sup>. Or, cette affaire n'épargna pas les établissements bancaires suisses. En effet, il apparut que certains actes de corruption furent effectués par l'entremise de comptes ouverts auprès d'établissements bancaires sis en Suisse. Par voie de conséquence, les juges pénaux donnèrent suite à plusieurs demandes d'entraide provenant d'Italie<sup>720</sup>.

L'Union de Banques Suisses fit l'objet de nombreux articles de presse en relation avec l'affaire *mani pulite* suite notamment à un compte nommé *conto protezione* qu'elle tenait dans ses livres et à une prétendue proximité de certains de ses cadres et de sociétés suisses appartenant à l'*Ente Nazionale Idrocarburi (ENI)*. Selon les articles de presse, le *conto protezione* auprès de l'Union de Banques Suisse servit à verser des pots-de-vin au parti socialiste italien durant les années 1980 et 1981. L'enquête de la CFB révéla que la banque mettait à disposition de ses clients des comptes de passage servant d'écran entre le compte des clients et l'extérieur. Le *modus operandi* consistait à verser de l'argent sur le compte de passage pour que cet argent soit ensuite viré sur le compte du client bénéficiaire de l'opération. Afin de permettre à la banque de reconnaître le client bénéficiaire, le donneur d'ordre indiquait, en plus du numéro du compte de passage, un chiffre ou un mot clé dont faisait notamment partie le mot clé *conto protezione*. Cette pratique fut abandonnée par la banque qui, par ailleurs, avait dûment documenté les versements sur les comptes de passage ainsi que les versements ultérieurs et identifié les clients bénéficiant de cette protection-écran. Par conséquent, la banque était en mesure de reconstituer la trace des montants qui avaient transité par

<sup>717</sup> Message LVP 2014, FF 2014 5121, p. 5128; BETZ/PIETH, *Globale Finanzflüsse*, V, chap. 4.

<sup>718</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1986, p. 26, chap. 3.3.2.

<sup>719</sup> TRAVAGLIO, p. 9 à 25.

<sup>720</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1993, p. 132, chap. 3.1.5.

les comptes de passage et de communiquer le nom des bénéficiaires aux autorités pénales. La CFB arriva donc à la conclusion qu'il n'y avait pas eu de camouflage de la réelle identité des clients au sens de la Circulaire CFB 91/3 sur le blanchiment de capitaux qui était entrée en vigueur en 1992 et dont les dispositions étaient donc postérieures aux faits précités. S'agissant des relations personnelles entre les cadres de la banque et les fonctionnaires du groupe ENI, la CFB n'a pas trouvé d'indices permettant d'affirmer que ces personnes étaient au courant du versement des pots-de-vin<sup>721</sup>.

Bien que la banque ait été en mesure de reconstituer les flux financiers, on peut se demander si cela est réellement le résultat du respect des obligations de diligence ou une reconstitution minutieuse des paiements. En effet, l'objectif poursuivi par la prestation de tels services est sans aucun doute la dissimulation de la réelle identité des bénéficiaires.

### 2.7.1 Conclusions

Suite à l'affaire *mani pulite*, la CFB se demanda si les banques impliquées avaient violé l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable<sup>722</sup>. En effet, une banque ne peut pas accepter le versement de pots-de-vin dans ses livres lorsqu'elle sait, ou devrait savoir qu'il s'agit de paiements corruptifs. De même, elle a l'obligation de clarifier l'arrière-plan économique et le but des transactions lorsqu'il existe des indices de versements de pots-de-vin. Tel est par exemple le cas lorsqu'un politicien ou un fonctionnaire ouvre une relation d'affaires auprès d'un établissement bancaire et reçoit des montants qui ne sauraient se justifier eu égard à la profession du titulaire du compte<sup>723</sup>. À la lumière de ce qui précède, la CFB arriva à la conclusion que la direction d'un établissement soumis à sa surveillance ne présentait plus la garantie d'une activité irréprochable selon l'art. 3, al. 2, let. c, LB, s'il devait s'avérer qu'elle avait accepté des valeurs patrimoniales provenant de la corruption<sup>724</sup>.

Ce n'est qu'avec l'avènement de l'affaire Mobutu et le blocage des fonds déposés par cet ancien dictateur auprès d'établissements bancaires suisses que la CFB formalisa sa pratique dans sa Circulaire CFB 98/1. Celle-ci disposait qu'il était interdit aux banques d'accepter des fonds provenant de la corruption ou du détournement de fonds publics. Par ailleurs, deux obligations supplémentaires furent intégrées dans la Circulaire CFB 98/1 : il s'agit, d'une part, de la pratique développée suite à l'affaire Marcos, soit l'obligation d'obtenir l'accord d'au moins un membre de la direction générale pour l'ouverture d'une relation d'affaires avec une PPE et, d'autre part, l'obligation

---

<sup>721</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1993, p. 133, chap. 3.1.5.

<sup>722</sup> Art. 3, al. 2, let. c, LB.

<sup>723</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1993, p. 132, chap. 3.1.5.

<sup>724</sup> ZULAUF/SIEGEL, Expérience et pratique de la CFB avec les PPE, p. 144.

pour chaque banque de disposer d'une directive interne définissant sa politique dans ce domaine<sup>725</sup>.

## 2.8 L'affaire Abacha

Le général Sani Abacha (ci-après: Abacha) qui était à la tête de la République du Nigéria décéda en juin 1998. Après la mort d'Abacha, les journaux relatèrent que ce dernier avait détourné des fonds de la Banque centrale du Nigéria. En juillet 1998, le gouvernement transitoire mit en place un comité d'enquête *ad hoc* dénommé *Special Investigation Panel (SIP)* pour enquêter sur les accusations soulevées à l'encontre d'Abacha et de son entourage. En novembre 1998, le SIP publia un rapport sur le *modus operandi* d'Abacha qui consistait à demander au responsable de la sécurité nationale de présenter des demandes falsifiées pour le financement d'équipements ou d'opérations liés à la sécurité nationale. La majorité des fonds étaient remis en espèces ou par des *travellers cheques* au responsable de la sécurité nationale par la Banque centrale du Nigéria. Par la suite, les fonds étaient transférés par le fils majeur d'Abacha ou par des hommes d'affaires sur des comptes bancaires au Nigéria ou sur des comptes *offshore* au nom de tiers ou d'Abacha. Parfois, les fonds étaient directement transférés par la Banque Centrale du Nigéria sur des comptes bancaires *offshore* ou à des hommes d'affaires qui, à leur tour, versaient les valeurs patrimoniales aux membres de l'organisation criminelle d'Abacha<sup>726</sup>.

En octobre 1999, la Suisse donna suite à une requête du Nigéria et procéda au gel provisoire auprès de cinq établissements bancaires. Par la suite, la Suisse publia un communiqué de presse relatant que le Nigéria disposait de trois mois pour produire une demande formelle d'entraide judiciaire. En décembre 1999, le Nigéria donna suite à cet appel qui permit de bloquer 80 millions USD auprès d'établissements bancaires. Sur demande formelle du Nigéria, le juge d'instruction genevois envoya une ordonnance de blocage provisionnelle au siège des 385 banques en Suisse. Cette procédure permit d'identifier 130 comptes bancaires qui avaient été utilisés par l'organisation criminelle d'Abacha et de séquestrer 645 millions de USD supplémentaires<sup>727</sup>.

En date du 19 août 2004, l'Office fédéral de la justice accepta de transmettre au Nigéria tous les avoirs en Suisse dont la famille Abacha était l'ayant droit économique, renonçant ainsi à ce qu'une décision judiciaire préalable doive être prononcée au Nigéria. Afin de faciliter le processus de restitution des avoirs, le Nigéria s'engagea à utiliser les fonds rapatriés pour des projets de développement supervisés par la

---

<sup>725</sup> ZULAUF/SIEGEL, Expérience et pratique de la CFB avec les PPE, p. 145.

<sup>726</sup> MONFRINI, The Abacha case, p. 43 et 44, traduction de l'anglais.

<sup>727</sup> Rapport du DFAE, L'expérience de la Suisse en matière de restitution des avoirs de potentats, 2016, p. 49 et 50.

Banque mondiale<sup>728</sup>. Cette décision fut confirmée par le Tribunal fédéral en février 2005<sup>729</sup> qui qualifia l'ex-chef d'État d'organisation criminelle au sens de l'art. 260<sup>ter</sup> CP<sup>730</sup>. Cette qualification était primordiale pour les deux raisons suivantes: premièrement elle permettait aux autorités suisses d'enquêter sur tous les membres appartenant à l'organisation criminelle d'Abacha et de les poursuivre en justice, même si ces personnes n'avaient jamais eu de présence physique en Suisse. Le seul fait que l'activité de l'organisation criminelle s'était partiellement déroulée en Suisse était suffisant pour les poursuivre en justice. Deuxièmement, la qualification d'organisation criminelle eut pour effet de renverser le fardeau de la preuve<sup>731</sup>, c'est-à-dire que l'absence de lien entre les biens sujets à confiscation et l'activité de l'organisation criminelle devait être apportée par les prévenus<sup>732</sup>. Cette jurisprudence eut comme conséquence directe qu'il n'était plus nécessaire qu'une procédure judiciaire soit menée à terme dans le pays requérant pour confisquer les biens dans le pays requérant<sup>733</sup>.

Le Ministère public genevois mena une deuxième procédure à l'encontre du fils d'Abacha qui s'est terminée en février 2015 par le rapatriement de 321 millions USD au Nigéria assorti de la condition que l'utilisation des fonds devait être supervisée par la Banque mondiale<sup>734</sup>. La Suisse fut le premier pays à restituer 700 millions USD détournés illicitement par Abacha, sa famille et ses proches, sans qu'il ait été nécessaire de mener à bien une procédure judiciaire dans le pays requérant<sup>735</sup>.

La CFB, de son côté procéda à une enquête auprès de 19 établissements bancaires, afin de vérifier si les obligations de diligence avaient été respectées lors de l'acceptation et de la gestion de fonds provenant de l'entourage d'Abacha. Elle publia les résultats de son analyse dans un rapport<sup>736</sup> et recourut pour la première fois à la pratique de *naming and shaming*, en mentionnant les noms des banques impliquées et les manquements constatés<sup>737</sup>. La CFB divisa les banques en trois groupes: a) les banques ayant fait preuve d'un comportement irréprochable<sup>738</sup>, b) les banques avec des fai-

---

<sup>728</sup> MONFRINI, The Abacha case, p. 56 et 57, traduction de l'anglais.

<sup>729</sup> ATF 131 II 169, consid. 6 et 7.

<sup>730</sup> Modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier) du 30 juin 1993, RO 1994 1614, FF 1993 III 269.

<sup>731</sup> Art. 59, ch. 3, aCP du code pénal suisse et du code pénal militaire modifiés (Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier du 30 juin 1993); RO 1994 1614, FF 1993 III 269.

<sup>732</sup> MONFRINI, The Abacha case, p. 47 à 49, traduction de l'anglais; ATF 131 II 169, consid. 9.

<sup>733</sup> Rapport du DFAE, L'expérience de la Suisse en matière de restitution des avoirs de potentats, 2016, p. 20.

<sup>734</sup> Rapport du DFAE, L'expérience de la Suisse en matière de restitution des avoirs de potentats, 2016, p. 20.

<sup>735</sup> Op. cit., p. 20.

<sup>736</sup> Rapport de la CFB dans l'affaire Abacha, 2000, p. 2, chap. 1.1.

<sup>737</sup> ZULAUF/SIEGEL, Expérience et pratique de la CFB avec les PPE, p. 146.



blesses<sup>739</sup> et c) les banques avec des défaillances plus graves<sup>740</sup>. Les instituts défaillants avaient principalement procédé à des clarifications insuffisantes ou tardives de l'arrière-plan économique et la CFB conclut la procédure par un blâme adressé par courrier à chacune des banques concernées. S'agissant des banques avec des défaillances plus graves, la CFB constata notamment que des indices de l'origine douteuse des valeurs patrimoniales n'avaient pas été suffisamment pris en compte, que des informations importantes portant sur des relations d'affaires à risque accru n'avaient pas été transmises au service hiérarchique compétent, ou que les collaborateurs bancaires ne s'étaient pas conformés à la décision du service supérieur de clôturer la relation d'affaires. La CFB conclut que les banques devaient effectuer leurs propres clarifications lors de l'entrée en relation d'affaires avec des PPE et ne pouvaient pas se fier aux déclarations faites par les cocontractants<sup>741</sup>. Enfin, il sied de relever que la majorité des valeurs patrimoniales gérées par les banques helvétiques provenaient de banques anglaises<sup>742</sup>.

### 2.8.1 Conclusions

La Circulaire CFB 98/1 contenait des prescriptions particulières pour les fonds appartenant à des personnalités politiques<sup>743</sup>. Toutefois, suite aux manquements perpétrés par les établissements bancaires dans le cadre de l'affaire Abacha, la CFB entama des travaux pour réviser la Circulaire CFB 98/1<sup>744</sup>. L'objectif était principalement de renforcer le dispositif de contrôle pour les relations d'affaires avec les PPE<sup>745</sup>. Force est de constater que les institutions financières n'ont tiré aucun enseignement des difficultés rencontrées dans la gestion des avoirs des PPE étrangères dans le cadre des affaires Marcos et Duvalier, intervenues quelques années auparavant. La CFB se contenta d'envoyer une lettre de blâme aux instituts financiers défaillants alors que les manque-

<sup>738</sup> Banca del Gottardo, Citibank N.A., Goldman Sachs & Co. Bank, Merrill Lynch et UBS AG, in: Rapport de la CFB dans l'affaire Abacha, 2000, p. 6, chap. 2.1.

<sup>739</sup> Banque Edouard Constant SA, Banque Nationale de Paris (Suisse) SA, Banque Baring Brothers (Suisse) SA, J. Henry Schroder Bank, Pictet & Cie et SG Rüeegg Bank AG, in: Rapport de la CFB dans l'affaire Abacha, 2000, p. 7, chap. 2.2.

<sup>740</sup> Credit Suisse Group (Credit Suisse, Bank Hofmann et Bank Leu), Crédit Agricole Indosuez (Suisse) SA, UBP Union Bancaire Privée et M.M. Warburg Bank (Schweiz) AG; in: Rapport de la CFB dans l'affaire Abacha, 2000, p. 7, chap. 2.3.

<sup>741</sup> Rapport de la CFB dans l'affaire Abacha, p. 7, chap. 2.2.

<sup>742</sup> Cf. FAHRANAZ, Harmonisation internationale, p. 133.

<sup>743</sup> N9 Circulaire CFB 98/1 prévoyant que: «*Les intermédiaires financiers ne doivent pas accepter des fonds dont ils savent ou doivent présumer qu'ils proviennent de la corruption ou de détournements de fonds publics. Ils doivent dès lors examiner avec une attention particulière s'ils veulent entrer en relations d'affaires, accepter et garder des avoirs appartenant, directement ou indirectement, à des personnes exerçant des fonctions publiques importantes pour un État étranger ou à des personnes et sociétés qui, de manière reconnaissable, leur sont proches*».

<sup>744</sup> La Circulaire CFB 98/1 a été remplacée par l'OBA-CFB; cf. partie II, titre II, chapitre 6.4.

<sup>745</sup> VOGLER, p. 95; BECKER, thèse, p. 69; La lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse, 2003, p. 43, chap. 5.

ments identifiés étaient graves, puisque l'arrière-plan économique de relations d'affaires avec un chef d'État, impliquant des sommes très importantes, n'avait pas fait l'objet de clarifications suffisantes. Néanmoins, il convient de relativiser cette appréciation, car à l'époque, la CFB disposait d'un arsenal de mesures trop étroit : elle pouvait soit prononcer des blâmes, soit le retrait d'autorisations, ce qui ne lui permettait pas de prendre des mesures administratives proportionnelles en fonction de la gravité de la violation commise<sup>746</sup>.

## 2.9 L'affaire Montesinos

En septembre 2000, une chaîne de télévision diffusa une vidéo qui montrait l'ex-chef du service de renseignement péruvien et conseiller personnel de l'ancien président Alberto Fujimori, Vladimiro Lenin Montesinos Torres (ci-après : Montesinos), remettant une enveloppe brune avec des billets à un parlementaire. Plus tard, les autorités péruviennes démontrèrent que l'enveloppe était destinée à corrompre un opposant politique du président péruvien et retrouvèrent 2000 enregistrements du même type. Ces enregistrements révélèrent l'étendue de la corruption de nombreux politiciens, journalistes, directeurs d'entreprises et juges au Pérou. Les entrevues furent filmées par Montesinos lui-même pour avoir un moyen de pression dans l'éventualité où les personnes corrompues devaient changer d'avis<sup>747</sup>. L'affaire fut découverte suite à une communication d'un établissement bancaire selon l'art.9 LBA<sup>748</sup>. Les autorités suisses bloquèrent de nombreux comptes auprès d'établissements bancaires avant même de recevoir une demande d'entraide judiciaire formelle. Les enquêtes des autorités péruviennes établirent que Montesinos percevait de l'argent en échange de l'octroi de contrats étatiques depuis 1990 et qu'il blanchissait cet argent sur des comptes auprès d'établissements bancaires au Luxembourg, en Suisse et aux États-Unis. En automne 2000, les autorités pénales du canton de Zurich ouvrirent une enquête à l'encontre de Montesinos pour blanchiment d'argent et bloquèrent des fonds à hauteur de 114 millions USD auprès d'établissements bancaires en Suisse. Jusqu'en 2006 un montant total de 93 millions USD a pu être rapatrié au Pérou<sup>749</sup>. À ce jour encore, différentes requêtes sont encore en cours.

En parallèle, la CFB mena une enquête pour examiner auprès de cinq banques dépositaires si les obligations de diligence y compris l'obligation de communiquer avaient été respectées. Dans un cas, la CFB constata qu'une banque n'avait pas qualifié Montesinos de PPE ni clarifié l'arrière-plan économique lors de l'entrée en relation

---

<sup>746</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 294 et les références citées.

<sup>747</sup> Rapport du DFAE, L'expérience de la Suisse en matière de restitution des avoirs de potentats, 2016, p. 21.

<sup>748</sup> ZULAUF/SIEGEL, Expérience et pratique de la CFB avec les PPE, p. 147.

<sup>749</sup> Rapport du DFAE, L'expérience de la Suisse en matière de restitution des avoirs de potentats, 2016, p. 21.

d'affaires celui-ci. Par ailleurs, la banque n'avait pas effectué de clarifications supplémentaires, alors même que les AuM étaient très élevés et que Montesinos avait indiqué dans les documents d'ouverture du compte qu'il effectuait «du commerce d'armes». Au contraire, elle s'était fiée à des informations provenant de tiers au lieu d'entreprendre ses propres clarifications. Par ailleurs, le directeur de la banque accepta l'entrée en relation d'affaires avec Montesinos alors que la documentation d'ouverture du compte était entachée de vices formels. La CFB arriva à la conclusion que le directeur de la banque ne représentait plus toutes les garanties d'une activité irréprochable<sup>750</sup> et exigea sa démission. En outre, une révision extraordinaire des processus opérationnels de la banque fut ordonnée<sup>751</sup>.

À cette occasion, la CFB réitéra que la qualité de PPE devait être dûment vérifiée par les banques à l'aide d'un système de contrôle interne ou externe, que des sources d'informations publiquement accessibles pouvaient être utilisées à cette fin et que les banques devaient faire preuve d'une diligence accrue lorsqu'elles entraient en relation d'affaires avec des clients provenant de pays sujets à la corruption. La CFB constata que, à l'exception d'une banque, aucun institut financier n'avait pris personnellement contact avec Montesinos ni procédé à des clarifications supplémentaires. Les banques s'étaient surtout basées sur des informations de tiers, ce qui est insuffisant pour des relations d'affaires importantes dans le cadre du *private banking*. Selon la CFB la décision de rompre une relation d'affaires douteuse, lorsque les conditions pour effectuer une communication n'étaient pas remplies, pouvait se justifier selon le cas d'espèce. Toutefois, suivant une approche holistique, cette manière de procéder n'était pas satisfaisante, car les fonds suspects pouvaient simplement être transférés vers un autre établissement bancaire<sup>752</sup>.

### 2.9.1 Conclusions

Les enseignements tirés des affaires Abacha et Montesinos conduisirent à la révision de la Circulaire CFB 98/1<sup>753</sup> et furent par la suite intégrés dans l'OBA-CFB 2003. Outre les questions relatives aux obligations de diligence, la nouvelle ordonnance traita spécifiquement des exigences en matière de relations d'affaires avec des PPE<sup>754</sup>. Par ailleurs, la CDB 2003 fut également révisée<sup>755</sup>. Dans l'OBA-CFB 2003, l'absence de rencontre avec le cocontractant et l'ayant droit économique pouvait, selon le cas d'espèce, représenter un critère d'une relation à risque accru<sup>756</sup>. En outre, une nouvelle obligation fut inscrite dans l'OBA-CFB 2003 prévoyant que, lorsqu'ils mettaient un

<sup>750</sup> Art. 3, al. 2, let. c, LB.

<sup>751</sup> Rapport de gestion de la CFB, 2001, p. 170 s., chap. 4.1.

<sup>752</sup> Op. cit.

<sup>753</sup> ZULAUF/SIEGEL, Expérience et pratique de la CFB avec les PPE, p. 148.

<sup>754</sup> ZULAUF/SIEGEL, Expérience et pratique de la CFB avec les PPE, p. 149.

<sup>755</sup> Communication n° 25 (2003) de la CFB du 17 janvier 2003.

<sup>756</sup> Art. 7, al. 2, let. c, OBA-CFB 2003.

terme à une relation d'affaires douteuse sans procéder à une communication, les intermédiaires financiers ne pouvaient pas autoriser le retrait d'importantes valeurs patrimoniales sans garder une trace de la transaction (*paper trail*). Enfin, les intermédiaires financiers ne pouvaient pas rompre une relation d'affaires douteuse ni autoriser le retrait de montants importants lorsqu'il existait des signes concrets de l'imminence de mesures de sûreté d'une autorité<sup>757</sup>.

À notre sens, cette dernière codification doit être saluée. Toutefois, elle intervient tardivement si l'on considère que dix ans avant l'affaire Abacha, à savoir en 1986 déjà, la CFB rendait les établissements bancaires attentifs au fait que: «[...] *Lorsque des indices concrets permettent de supposer la provenance illégale de fonds ou que des actes illicites ont été commis par un client, une banque doit en principe interrompre immédiatement ses relations d'affaires avec le client. Cependant le cas Marcos ainsi que deux autres décisions précédentes de la commission arbitrale ont démontré que cette manière d'agir pouvait se heurter aux intérêts des lésés et à ceux des autorités chargées de la poursuite pénale. C'est pourquoi une banque doit différer l'interruption des relations d'affaires et ne pas autoriser le retrait d'avoirs lorsqu'elle doit envisager que les autorités de répression pénale pourraient prononcer une décision imminente de blocage dans le cadre d'une procédure interne ou de l'entraide pénale internationale* [...]»<sup>758</sup> Au vu de ce qui précède, il a fallu dix ans avant que cette obligation ne soit codifiée, ce qui représente un retard important si l'on considère que les criminels ont pu profiter de ce laps de temps pour blanchir leurs valeurs patrimoniales auprès des établissements bancaires suisses.

## 2.10 Le Printemps arabe

Au début de l'année 2011, les peuples tunisien, égyptien et libyen se soulevèrent contre leurs chefs d'États autocratiques, soupçonnés d'avoir accumulé une fortune en puisant dans les caisses publiques de leurs pays. Le chef d'État tunisien Ben Ali fut le premier à être renversé le 14 janvier 2011, suivi du chef d'État égyptien Hosni Moubarak cinq jours plus tard et du dictateur libanais Mouammar Kadhafi un mois plus tard. Dans les trois cas<sup>759</sup>, la Suisse adopta une ordonnance de blocage des valeurs patrimoniales en se basant sur l'art. 184, al. 3, Cst. féd. Par ces mesures, le gouvernement suisse voulut prévenir tout retrait de valeurs patrimoniales auprès d'établissements bancaires helvétiques, afin de permettre aux autorités concernées d'avoir le temps d'effectuer des demandes d'entraide judiciaire. Les intermédiaires financiers suisses

---

<sup>757</sup> Art. 28 OBA-CFB 2003.

<sup>758</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1986, p. 129, chap. 3.3.2.

<sup>759</sup> L'ordonnance de la Libye a été remplacée le 31 mars 2011 par une ordonnance se fondant sur la loi sur les embargos (LEmb) et sur les régimes de sanctions de l'ONU et de l'UE contre la Libye.

étaient tenus de bloquer les valeurs patrimoniales des personnes listées dans les ordonnances et de les déclarer au DFAE<sup>760</sup>. Cette approche a permis à la Suisse de bloquer à titre préventif des centaines de millions<sup>761</sup>. En principe, en vertu de l'art. 6, al. 1, LVP, la durée du blocage des valeurs patrimoniales confisquées est de quatre ans. Toutefois, le Conseil fédéral peut prolonger le blocage à condition que l'État d'origine ait exprimé sa volonté de coopérer en matière d'entraide judiciaire<sup>762</sup>. Dans le cas de l'Égypte, une prolongation du blocage préventif n'était pas justifiée, car ce pays a conclu plusieurs accords de réconciliation et a prononcé des acquittements à l'égard de personnes liées à des faits de corruption, ce qui empêche des condamnations définitives et exécutoires. Au vu de ce qui précède, les autorités judiciaires suisses ont clôturé les procédures d'entraide judiciaire ayant un éventuel lien avec les avoirs bloqués en Suisse, et le Conseil fédéral a abrogé le blocage des valeurs patrimoniales avec effet au 20 décembre 2017. L'ordonnance de blocage de valeurs patrimoniales pour la Tunisie a expiré en janvier 2021, car elle a atteint sa durée légale maximale de dix ans<sup>763</sup>. Cependant, ces mesures n'ont pas affecté la qualité de partie plaignante de cet État dans la procédure pénale suisse, ouverte en 2011, par le MPC pour blanchiment d'argent et organisation criminelle à l'encontre de six personnes et dans le cadre de laquelle 430 millions ont été séquestrés jusqu'à la fin de 2017<sup>764</sup>. Jusqu'à présent le MPC a restitué 3.8 millions à la Tunisie<sup>765</sup>.

La FINMA a effectué un contrôle extraordinaire auprès de 20 établissements bancaires concernés par les mesures de blocage, afin de vérifier si les obligations de diligence en relation avec des PPE avaient été respectées. Dans ce contexte, elle a examiné la documentation relative à l'ouverture des comptes, la correspondance avec les clients, les notes internes, les relevés de comptes depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, les directives internes, la documentation établie lors des clarifications et celles relative au processus d'acceptation de la clientèle ainsi que les copies d'éventuelles communications

---

<sup>760</sup> FINMA, Rapport sur les PEP, 2011, p. 4, chap. 1.1 et les notes de bas de page n° 1 à 2.

<sup>761</sup> Rapport du DFAE, L'expérience de la Suisse en matière de restitution des avoirs de potentats, 2016, p. 23 et 24 *in fine*.

<sup>762</sup> Art. 6, al. 1, LVP.

<sup>763</sup> Communiqué de presse du DFAE du 11 décembre 2020, «Prolongation d'avoirs dans le contexte de l'Ukraine, expiration du blocage dans le contexte de la Tunisie», in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.ms-g-id-81572.html>> (22.11.2021).

<sup>764</sup> Communiqué de presse du DFAE du 20 décembre 2017, «Le Conseil fédéral prolonge le blocage préventif des avoirs tunisiens et ukrainiens et abroge celui des avoirs égyptiens», in: Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) (<<https://www.bundesreizeentrale.admin.ch/eda/fr/dfae.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.bundesreizeentrale.admin.ch/eda/fr/dfae/dfae/aktuell/news.html/content/eda/fr/meta/news/2017/12/20/69322>> (22.11.2021) et MPC, Rapport de gestion 2017, p. 19, chap. 4.5.

<sup>765</sup> MPC, Rapport de gestion 2017, p. 19, chap. 4.5.

auprès du MROS. Par ailleurs, la FINMA a demandé aux établissements bancaires d'indiquer à l'aide de quel outil informatique les PPE ont été identifiées<sup>766</sup>. Dans son rapport publié en novembre 2011, la FINMA a repéré trois thèmes : trois établissements bancaires avaient effectué une recherche *exact-match* au lieu de faire une recherche phonétique, complétée par d'éventuelles recherches supplémentaires, lors de l'entrée en relation d'affaires. Dans deux autres cas, la clientèle n'avait pas été traitée comme PPE, alors même qu'elle avait été détectée comme telle. Dans quatre cas, la FINMA a ouvert une procédure administrative contraignante d'*enforcement* à l'encontre des établissements bancaires défaillants<sup>767</sup>.

### 2.10.1 Conclusions

Suite aux événements du Printemps arabe, la FINMA a publié une *best & poor practice* en matière d'identification et de clarification de relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées. La *best practice* prévoit, en particulier, que les intermédiaires financiers doivent contrôler régulièrement l'ensemble des clients à l'aide d'un outil de reconnaissance des PPE et effectuer des recherches sur Internet ainsi qu'un examen phonétique du nom et du prénom du cocontractant lors de l'entrée en relation d'affaires, notamment pour les pays n'utilisant pas l'alphabet latin. Par ailleurs, les clarifications particulières doivent être effectuées en fonction du risque que représente la relation d'affaires<sup>768</sup>.

#### Graphique 2<sup>769</sup> :

*best & poor practice* lors du *screening* des relations d'affaires

Best Practice – comportement exemplaire	Poor practice – traitement insatisfaisant
Contrôler régulièrement la base de données des clients avec un outil de reconnaissance des PEP (name-matching-tool)	Recherche exact-match lors de l'ouverture de relations d'affaires.
Recherche phonétique lors de l'ouverture de comptes, surtout pour les PEP originaires de pays n'utilisant pas l'alphabet latin.	Déclassement des PEP et aucun traitement comme relations d'affaires à risque accru.
Recherches supplémentaires sur Internet.	Définition des PEP trop restrictive dans les directives internes de l'institut.

<sup>766</sup> FINMA, Rapport sur les PEP, 2011, p. 5, chap. 1.2.

<sup>767</sup> FINMA, Rapport sur les PEP, 2011, p. 7, chap. 2.1.

<sup>768</sup> FINMA, Rapport sur les PEP, 2011, p. 11 et 12, chap. 4.

<sup>769</sup> FINMA, Rapport sur les PEP, 2011, p. 7, chap. 2.1.

**Graphique 3<sup>770</sup>:***best & poor practice* lors des contrôles périodiques des relations d'affaires

Best Practice – comportement exemplaire	Poor practice – traitement insatisfaisant
Mandater une société spécialisée pour qu'elle constitue un dossier complet sur le PEP.	Accepter les informations fournies par le client.
Exiger du client qu'il fournisse des documents corroboratifs.	Aucun contact direct avec le client.
Rupture de la relation d'affaires en gardant le papier trail et, si nécessaire, exercice du droit de communication.	Analyse du point de vue du risque de réputation et non pas du risque de blanchiment d'argent.

Avec l'avènement d'Internet et avec le développement de la digitalisation, les mesures législatives prévues par la CFB à la suite des affaires Duvalier, Abacha et Montesinos n'étaient à notre sens clairement plus suffisantes. L'utilisation d'un logiciel automatisé pour mettre à jour la base de données clients et reconnaître les nouvelles personnes politiquement exposées est indispensable pour surveiller de manière adéquate ces relations à risques accrus et reconnaître les éventuels indices de blanchiment d'argent. Toutefois, les banques de données de ces prestataires ne permettent pas toujours d'obtenir des informations à jour et fiables sur le client recherché. Par ailleurs, les caractéristiques de la législation suisse ne sont pas toujours prises en compte dans ces banques de données. En effet, parfois des personnes sont classées comme PPE, alors que selon la législation suisse ce n'est pas le cas<sup>771</sup>. Par conséquent, malgré les informations mises à disposition par des banques de données de prestataires externes, les intermédiaires financiers doivent procéder à leur propre analyse critique des informations obtenues. Les outils de recherche de prestataires externes ne peuvent que représenter des indices qu'il convient de concrétiser, valider ou invalider par ses propres recherches.

Le Printemps arabe vient clore le volet des «cas de potentats» qui se sont succédés au fil du temps. Si dans les années quatre-vingt les potentats utilisaient leurs proches ou des sociétés de domicile pour détourner des fonds publics, aujourd'hui des comptes au nom d'entreprises étatiques (*state owned companies*) comme Petrobras, PDVSA, des sociétés opérationnelles liées à ces dernières ou encore des fonds souverains étatiques comme IMDB sont utilisés pour détourner des fonds. Dans le cadre des travaux de la

<sup>770</sup> FINMA, Rapport sur les PEP, 2011, p. 9, chap. 2.2.

<sup>771</sup> Le Temps «La base de données préférée des banques est sous le feu des critiques», Mathilde Farine, 2 juillet 2017, in: Le Temps, (<<https://www.letemps.ch/>>), consulter à ce titre: <<https://www.letemps.ch/economie/base-donnees-preferee-banques-feu-critiques>> (22.11.2021).

CFB puis de la FINMA, l'accent a été mis sur les clarifications et la surveillance des clients à risque accru et des PPE effectuées par les assujettis. Avec l'avènement des affaires de corruption, la FINMA a réalisé que les intermédiaires financiers ne communiquaient pas suffisamment leurs soupçons de blanchiment d'argent au MROS. Fort de ce constat, la FINMA a renforcé son activité de surveillance dans ce domaine. Par conséquent, l'obligation de communiquer est devenue aujourd'hui, à l'instar de la catégorisation correcte des clients et des devoirs de clarification, la pierre angulaire de la lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse<sup>772</sup>.

## 2.11 Les affaires de corruption internationales

L'affaire Petrobras a été la première d'une série d'affaires de corruption d'envergure internationale qui se sont succédées dans la période comprise entre 2014 et 2016 et qui ont terni l'image de la place financière suisse. Les affaires Petrobras, 1MDB, PD-VSA et FIFA ont toutes mis en évidence des défaillances importantes dans l'acceptation et le suivi des relations d'affaires provenant des pays émergents et présentant des risques accrus. Par ailleurs, les quatre affaires ont démontré des carences similaires, notamment dans la surveillance exercée au niveau du groupe par les établissements bancaires. Étant donné les similitudes qui les lient, les conclusions seront présentées à la fin de ce chapitre<sup>773</sup>.

### 2.11.1 L'affaire Petrobras/Odebrecht

Les autorités pénales brésiliennes ont mené entre mars 2014 et février 2021 une enquête de grande envergure dénommée « *Operation Car Wash* » ou « *Lava Jato* ». Le consortium pétrolier brésilien semi-étatique *Petróleo Brasileiro S.A.* (ci-après : Petrobras) est au cœur de cette enquête ainsi que plusieurs entreprises de construction, en particulier le groupe *Odebrecht* soupçonné d'avoir payé des pots-de-vin à des employés de Petrobras pour obtenir des contrats gouvernementaux. Les fonds ainsi détournés auraient notamment profité à des politiciens brésiliens et à des dirigeants de Petrobras<sup>774</sup>. Cette enquête a notamment mené à l'arrestation en mars 2014 de Paulo

---

<sup>772</sup> Conférence de presse annuelle du 7 avril 2016, Mark Branson, directeur de la FINMA jusqu'à la fin avril 2021, in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre : <<https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/referate-und-artikel/20160407-rf-bnm-jmk-2016-de.pdf?la=fr>> (22.11.2021); conférence à l'Université de Genève du 21 novembre 2019, Léonard Bôle, responsable de la division Marchés, FINMA « Les attentes de la FINMA quant à la prévention du blanchiment d'argent », in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>); consulter à ce titre : <<https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/referate-und-artikel/20191121-ref-bol-uni-ge.pdf?la=fr>> (22.11.2021).

<sup>773</sup> Cf. partie II, titre I, chapitre 2.11.5.

<sup>774</sup> Le Monde, « Brésil : tout comprendre à l'opération «Lava Jato» », Nicolas Bourcier et Claire Gati-nois, publié le 26 mars 2017 et mis à jour le 4 avril 2018, in: Le Monde, (<[www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr)>)



Roberto Costa, ancien directeur de Petrobras, soupçonné d'avoir perçu des pots-de-vin et détourné des fonds. Ce dernier a décidé de collaborer avec la justice brésilienne et ses déclarations ont permis de mettre à jour un gigantesque système de corruption, de financement de partis et de blanchiment d'argent au sein de Petrobras<sup>775</sup>.

Suite aux faits relatés par la presse, la FINMA a mené des investigations auprès de plusieurs établissements en 2015, afin de vérifier si les obligations de diligence, en particulier l'obligation de communication, avaient été respectées. Les clarifications menées par la FINMA ont permis de conclure que la majorité des établissements contrôlés avaient respecté les obligations de diligence ou présentaient des faiblesses mineures dans leur dispositif qui pouvaient faire l'objet d'une amélioration dans le cadre de la surveillance courante. En décembre 2015, la FINMA a ouvert une procédure *d'enforcement* à l'encontre de quatre établissements bancaires<sup>776</sup> suite à des manquements significatifs dans la mise en œuvre des obligations de diligence dans l'affaire Petrobras. Par ailleurs, elle a analysé si les intermédiaires financiers avaient surveillé de manière globale et adéquate les risques juridiques et de réputation pour les relations d'affaires gérées au sein du même groupe, mais enregistrées auprès d'autres *booking centers*. La FINMA a constaté des défaillances importantes dans la gestion des risques inhérents aux relations d'affaires ne faisant pas partie des marchés cibles des établissements concernés. En effet, les établissements n'avaient pas été en mesure d'identifier des indices de blanchiment d'argent et n'avaient donc pas surveillé de manière adéquate les relations d'affaires<sup>777</sup>.

S'agissant du volet pénal de l'affaire de corruption Petrobras, le MPC mène depuis l'année 2014 environ 60 enquêtes pénales qui ont été déclenchées sur la base des com-

---

consulter à ce titre: <[https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2017/03/26/affaire-petrobras-retour-sur-les-trois-annees-qui-ont-marque-le-bresil\\_5100932\\_3222.html](https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2017/03/26/affaire-petrobras-retour-sur-les-trois-annees-qui-ont-marque-le-bresil_5100932_3222.html)> (22.11.2021).

<sup>775</sup> The Reuters, « *Former Petrobras executive Costa convicted in corruption case* », writing by Anthony Boadle and editing by Christian Plumb, April 22, 2015, in: The Reuters, (<<https://www.reuters.com/>>), consulter à ce titre: <<https://www.reuters.com/article/brazil-petrobras-conviction/former-petrobras-executive-costa-convicted-in-corruption-case-idUSL1N0XJ1TB20150422>> (22.11.2021).

<sup>776</sup> Dans un communiqué de presse du 1<sup>er</sup> février 2018 annonçant la fin de la procédure entamée à l'encontre de la banque tessinoise PKB Privatbank Lugano dans l'affaire Petrobras, la FINMA a déclaré: « [...] *La FINMA a effectué des investigations auprès d'une douzaine de banques suisses en lien avec le cas Petrobras et Odebrecht, avant d'ouvrir quatre procédures. L'une d'elles, de BSI, a été close en 2016. Il en a été de même pour une procédure à l'encontre de Banque Heritage SA. La quatrième est encore en cours* [...] ». in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.finma.ch/fr/news/2018/02/20180201-mm-pkb/>> (22.11.2021). La quatrième procédure *d'enforcement* à l'encontre de Credit Suisse AG a été achevée le 17 septembre 2018 par la FINMA, in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.finma.ch/fr/news/2018/09/20180917-mm-gwg-cs/>> (22.11.2021).

<sup>777</sup> FINMA, Rapport annuel 2015, p. 76.

munications effectuées au MROS par les intermédiaires financiers. Ainsi, de nombreux paiements ont été effectués par différentes entreprises appartenant au secteur de la construction pour se voir attribuer des projets de génie civil. Selon un communiqué de presse du MPC, des sommes ont été extraites des sociétés concernées, puis transférées par la suite sur des comptes de sociétés *offshore* pour exécuter les paiements corruptifs. Selon les investigations menées par le MPC, ces paiements ont pu notamment être imputés au groupe brésilien *Odebrecht SA* et à sa filiale *Constructora Norberto Odebrecht SA*<sup>778</sup>.

Par ordonnance pénale du 21 décembre 2016, après avoir coordonné son action avec le Brésil et les États-Unis, le MPC a condamné la filiale *Constructora Norberto Odebrecht SA* pour ne pas avoir empêché – en raison de graves défaillances organisationnelles – la corruption d'agents publics étrangers selon l'art. 322<sup>septies</sup> CP, en relation avec l'art. 102, al. 2, CP, de la société mère *Odebrecht SA* ainsi que sa filiale *Constructora Norberto Odebrecht SA*, pour blanchiment d'argent au sens de l'art. 305<sup>bis</sup> CP<sup>779</sup>. Ces deux sociétés ont été condamnées à payer solidairement à la Suisse 117 millions CHF. Par ailleurs, la filiale *Constructora Norberto Odebrecht SA* a été condamnée à une amende de 4.5 millions CHF. Par le biais des mêmes canaux utilisés par ces sociétés, l'entreprise *Braskem SA* a effectué des paiements corruptifs. Étant donné qu'une procédure était en cours aux États-Unis à l'encontre de cette société pour les mêmes faits, le MPC a prononcé une ordonnance de classement comprenant une créance compensatrice de 94.5 millions CHF<sup>780</sup>.

En octobre 2019, le MPC a déposé le premier acte d'accusation en procédure simplifiée auprès du Tribunal pénal fédéral contre une personne physique pour complicité de corruption d'agents publics étrangers ainsi que blanchiment d'argent. À ce jour, de nombreuses procédures pénales sont encore en cours auprès du MPC, dont deux depuis 2018, contre des institutions financières en Suisse. En octobre 2019, les fonds séquestrés par le MPC s'élevaient à 620 millions CHF<sup>781</sup> dont plus de 400 millions CHF

---

<sup>778</sup> Communiqué de presse du MPC du 21 décembre 2016, «Complexe d'affaires Petrobras – Odebrecht: Le Ministère public de la Confédération condamne des entreprises brésiliennes et exige le paiement de plus de 200 millions CHF», in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-65077.html>> (22.11.2021).

<sup>779</sup> Rapport de l'OCDE sur l'évaluation de la Suisse en matière de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers du 15 mars 2018, p. 60.

<sup>780</sup> Communiqué de presse du MPC du 21 décembre 2016, «Complexe d'enquêtes Petrobras – Odebrecht: Le Ministère public de la Confédération condamne des entreprises brésiliennes et exige le paiement de plus de 200 millions CHF», in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-65077.html>> (22.11.2021); Cf. Rapport de l'OCDE sur l'évaluation de la Suisse en matière de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers du 15 mars 2018, p. 62 et p. 85 à 86.

ont été restitués aux autorités brésiliennes avant la fin 2019<sup>782</sup>. Dans ce contexte, le MPC a indiqué dans son rapport annuel 2020 qu'une procédure pénale a été ouverte à l'encontre d'une banque en Suisse<sup>783</sup>.

### 2.11.2 *L'affaire 1 Malaysia Development Berhad (1MDB)*

*1Malaysia Development Berhad* (1MDB) est un fonds souverain appartenant au Ministère des Finances malaisien qui a été créé en 2009 dans le but de promouvoir le développement économique durable et les investissements étrangers en Malaisie. En automne 2014, des médias malaisiens ont relaté que plusieurs milliards avaient été détournés et que le premier ministre malaisien Najib Razak était notamment impliqué dans ce détournement<sup>784</sup>.

La FINMA a mené des investigations<sup>785</sup> afin de déterminer si les établissements bancaires concernés avaient respecté leurs obligations de diligence et de communication au MROS. Elle a ouvert sept procédures d'*enforcement* à l'encontre d'établissements bancaires dans le cadre de l'affaire 1MDB. La dernière procédure de la FINMA à l'encontre de Rothschild Bank AG et de sa filiale Rothschild Trust (Suisse) SA a été clôturée en juillet 2018<sup>786</sup>. Les autres procédures rendues publiques en vertu de l'art. 22 LFINMA, ont été dirigées contre J.P. Morgan (Suisse) SA<sup>787</sup>, Coutts & Co SA<sup>788</sup>, Falcon Private Bank SA<sup>789</sup> et BSI SA. Les mesures prononcées par la FINMA varient en règle générale selon la gravité des faits et manquements reprochés aux établisse-

<sup>781</sup> Communiqué de presse du MPC du 22 octobre 2019, «Complexe d'enquêtes Petrobras – Odebrecht: Premier acte d'accusation déposé», in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre: (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-76765.html>> (22.11.2021).

<sup>782</sup> MPC, Rapport de gestion 2019, p. 19, chap. 3.8.

<sup>783</sup> MPC, Rapport de gestion 2020, p. 19, chap. 3.4.

<sup>784</sup> Handelszeitung, «Malaysias Milliardenbetrug: Spuren in der Schweiz», Christian Bütikofer, 14 mars 2016, in: Handelszeitung, (<[www.handelszeitung.ch](http://www.handelszeitung.ch)>), consulter à ce titre: (<<https://www.handelszeitung.ch/politik/malaysias-milliardenbetrug-spuren-der-schweiz-1018676>> (22.11.2021).

<sup>785</sup> FINMA, Rapport annuel 2016, p. 30.

<sup>786</sup> Communiqué de presse de la FINMA du 20 juillet 2018, «La FINMA clôt la dernière procédure liée au fonds 1MDB», in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre: (<<https://www.finma.ch/fr/news/2018/07/20180720-mm-rothschild/>> (22.11.2021).

<sup>787</sup> Communiqué de presse de la FINMA du 21 décembre 2017, «La FINMA informe sur la procédure 1MDB à l'encontre de J.P. Morgan», in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre: (<<https://www.finma.ch/fr/news/2017/12/20171221-mm-jpm/>> (22.11.2021).

<sup>788</sup> Communiqué de presse de la FINMA du 2 février 2017, «La FINMA sanctionne Coutts au sujet de 1MDB», in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre: (<<https://www.finma.ch/fr/news/2017/02/20170202-mm-coutts/>> (22.11.2021).

<sup>789</sup> Communiqué de presse de la FINMA du 11 octobre 2016, «Falcon sanctionné pour ses manquements en lien avec 1MDB», in: Autorité fédérale de surveillance des marchés fi-

ments bancaires. Dans les cas mentionnés, la mesure la plus incisive a été celle prononcée à l'encontre de la banque tessinoise BSI SA qui a gravement enfreint les obligations de diligence et l'exigence de l'exercice d'une activité irréprochable. En effet, la banque tessinoise a effectué pendant des années d'importantes transactions et n'a pas procédé à des clarifications supplémentaires, malgré la présence d'indices de blanchiment d'argent évidents. La FINMA a confisqué un bénéfice réalisé par la banque de 95 millions CHF et a ouvert des procédures à l'encontre de deux anciens responsables de la banque. Par ailleurs, elle a autorisé le rachat intégral de la banque par EFG International à la condition qu'elle soit entièrement intégrée à la nouvelle structure et par la suite dissoute<sup>790</sup>. Dans le cadre d'un recours interjeté par BSI, le TAF a confirmé en novembre 2019, les graves violations du droit de la surveillance de BSI mais a admis le recours sur un point: le calcul des gains à confisquer. La FINMA a dès lors procédé à un nouveau calcul et a ordonné une confiscation de 70 millions CHF au lieu de 95 millions CHF initialement prévus. Pour aboutir à ce nouveau résultat, la FINMA a tenu compte des revenus et des coûts de la banque découlant des infractions au droit de la surveillance dans les relations d'affaires s'inscrivant dans le contexte de l'affaire 1MDB. Enfin, la FINMA a achevé toutes les procédures d'*enforcement* à l'encontre de personnes physiques ouvertes dans le sillage du cas BSI. Dans deux cas, elle a imposé une interdiction d'exercer pour une durée de plusieurs années qui a été contestée auprès du TAF. Dans un cas, elle a constaté la violation du droit de la surveillance, mais sans prendre d'autres mesures. Dans le dernier cas, elle a clôturé la procédure, car la personne concernée a décidé de renoncer à occuper une position dirigeante au sein d'un établissement assujéti à l'avenir. Par ailleurs, la FINMA a prononcé des blâmes à l'encontre de quatre autres personnes physiques<sup>791</sup>.

L'enquête pénale dirigée par le MPC a démontré que les fonds détournés ont transité par plusieurs instituts financiers en Suisse, au Luxembourg, aux États-Unis et à Singapour<sup>792</sup>. Le MPC a ouvert une enquête à l'encontre d'agents publics malaisiens et émiratis disposant de relations d'affaires auprès d'instituts bancaires suisses pour suspicion d'escroquerie, de corruption et de blanchiment d'argent. Dans ce contexte, plusieurs dizaines de millions de dollars américains ont été séquestrés. Le refus de l'État malaisien

---

nanciers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.finma.ch/fr/news/2016/10/20161011-mm-falcon/>> (22.11.2021).

<sup>790</sup> Communiqué de presse de la FINMA du 24 mai 2016, «BSI a gravement enfreint les dispositions relatives au blanchiment d'argent», in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.finma.ch/fr/news/2016/05/20160524-mm-bsi/>> (22.11.2021).

<sup>791</sup> Communiqué de presse de la FINMA du 22 octobre 2020, «La FINMA réévalue les gains confisqués dans le cas BSI», in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.finma.ch/fr/news/2020/10/20201022-mm-bsi-gewinneinziehung/>> (22.11.2021).

<sup>792</sup> MPC, Rapport de gestion 2016, p. 19, chap. 3.8.

de donner suite aux demandes de commissions rogatoires helvétiques visant à clarifier les faits et recueillir des preuves sur place n'a pas empêché le MPC de poursuivre ses investigations en étroite collaboration avec les autorités d'autres États concernés. S'agissant des intermédiaires financiers impliqués dans l'affaire 1MDB, le MPC a, jusqu'à présent, ouvert une enquête à l'encontre de deux banques<sup>793</sup> domiciliées en Suisse soupçonnées de ne pas avoir pris, en raison de graves défaillances organisationnelles, les mesures nécessaires pour empêcher l'accomplissement d'actes de blanchiment d'argent au sens de l'art. 305<sup>bis</sup> CP en lien avec l'art. 102, al. 2, CP<sup>794</sup>.

### 2.11.3 L'affaire PDVSA

En mars 2015, FinCEN a publié un communiqué de presse en vertu de l'art. 311 du *U.S. Patriot Act*<sup>795</sup> relatant que les dirigeants de la Banca Privada d'Andorra (BPA) avaient participé au blanchiment de valeurs patrimoniales en provenance d'organisations criminelles durant des années:

*«[...] BPA's activity of primary money laundering concern occurred largely through its Andorra headquarters. BPA is one of five Andorran banks and is a subsidiary of the BPA Group, a privately held entity. The activity involved the proceeds of organized criminals in Russia and China, foreign corruption, and other criminal activity. BPA accesses the U.S. financial system through direct correspondent accounts held at four U.S. banks, through which it has processed hundreds of millions of dollars. BPA's high-level managers established financial services tailored to its third-party money launderer clients to disguise the origins of funds. In exchange for some of these services, BPA's high-level managers accepted payments and other benefits from their criminal clients [...] FinCEN's action also describes the activity of a second high-level manager at BPA in Andorra who accepted exorbitant commissions to process transactions related to Venezuelan third-party money launderers. This activity involved the development of shell companies and complex financial products to siphon off*

---

<sup>793</sup> Il s'agit de BSI SA et Falcon Private Bank AG, in: Ministère public de la Confédération (MPC), (<https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home.html>), consulter à ce titre les communiqués de presse suivants: «Affaire 1MDB: ouverture d'une procédure pénale à l'encontre de la banque BSI SA», 24 mai 2016, consulter à ce titre: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-61830.html> et «Affaire 1MDB: ouverture d'une procédure pénale à l'encontre de la banque Falcon», 12 octobre 2016, <https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-64075.html> (22. 11. 2021).

<sup>794</sup> MPC, Rapport de gestion 2017, p. 19 et 20, chap. 3.8.

<sup>795</sup> Patriot Act, Title III – International money laundering abatement and anti-terrorist financing Act of 2011, section 311, Special measures for jurisdictions, financial institutions, or international transactions of primary money laundering concern, in: U.S. Department of the Treasury Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN), (<https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/usa-patriot-act>); consulter à ce titre: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf> (22. 11. 2021).

*funds from Venezuela's public oil company Petroleos de Venezuela (PDVSA). BPA processed approximately \$2 billion in transactions related to this money-laundering scheme [...].*<sup>796</sup>

Les faits relatés par FinCEN ont par la suite été repris par la presse internationale<sup>797</sup>. En février 2018, le DOJ a publié un acte d'accusation<sup>798</sup> à l'encontre de cinq anciens fonctionnaires du gouvernement vénézuélien suite à leur participation présumée à un réseau international de blanchiment d'argent. Selon le communiqué de presse du DOJ, les cinq prévenus étaient tous des dirigeants de l'entreprise étatique *Petroleos de Venezuela* (ci-après : PDVSA), de ses filiales ou d'autres organes et départements du gouvernement vénézuélien. Ces personnes exerçaient une influence au sein de la société au cœur du scandale de corruption. En effet, les prévenus auraient conspiré entre eux et avec d'autres personnes pour «prêter assistance»<sup>799</sup> dans le cadre de la conclusion de contrats avec PDVSA, en échange du versement de pots-de-vin. Les prévenus auraient par la suite blanchi le produit issu des actes corruptifs moyennant une série de transactions financières internationales complexes<sup>800</sup>. Selon l'acte d'accusation du DOJ, neuf comptes bancaires suisses auraient servi de comptes de passage pour le versement de pots-de-vin<sup>801</sup>. Dans ce contexte, 27 millions USD auraient été transférés sur un compte bancaire suisse à partir duquel l'argent aurait par la suite été réparti sur trois autres comptes en Suisse<sup>802</sup>.

---

<sup>796</sup> Communiqué de presse du 10 mars 2015, «FinCEN names Banca Privada d'Andorra a foreign financial institution of primary money laundering concern», in: U.S. Department of the Treasury Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN), (<<https://www.fincen.gov/>>), consulter à ce titre: <<https://www.fincen.gov/news/news-releases/fincen-names-banca-privada-d-andorra-foreign-financial-institution-primary-money>> (22. 11. 2021).

<sup>797</sup> À titre d'exemple, Le Temps, «Prise dans un scandale bancaire, Andorre veut éviter la contagion», 24 mars 2015, in: Le Temps, (<[www.letemps.ch](http://www.letemps.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.letemps.ch/economie/prise-un-scandale-bancaire-andorre-veut-eviter-contagion>> (22. 11. 2021) et Handelszeitung, «Andorra übernimmt Bank nach Geldwäschereivorwürfen», 11 mars 2015, in: Handelszeitung, (<[www.handelszeitung.ch](http://www.handelszeitung.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.handelszeitung.ch/unternehmen/andorra-uebernimmt-bank-nach-geldwaeschereivorwuerfen-752568>> (22. 11. 2021).

<sup>798</sup> United States district court, southern district of Texas, acte d'accusation dans l'affaire PDVSA du 29 août 2018.

<sup>799</sup> Cette assistance consistait à les aider à obtenir des contrats avec PDVSA et à leur donner la priorité sur le paiement de factures par PDVSA par rapport à d'autres fournisseurs pendant la crise de liquidités au Venezuela; cf. United States district court, southern district of Texas, acte d'accusation dans l'affaire PDVSA du 29 août 2018, p. 3, par. 4.

<sup>800</sup> Communiqué de presse du DOJ, Office of Public Affairs, du 12 février 2018, «Five Former Venezuelan Government Officials Charged in Money Laundering Scheme Involving Foreign Bribery», in: The United States Department of Justice (DOJ), (<[www.justice.gov](http://www.justice.gov)>), consulter à ce titre: <<https://www.justice.gov/opa/pr/five-former-venezuelan-government-officials-charged-money-laundering-scheme-involving-forei-0>> (22. 11. 2021).

<sup>801</sup> United States district court, southern district of Texas, acte d'accusation dans l'affaire PDVSA du 29 août 2018, p. 17, par. 56 à 65.

En 2015, la FINMA a entamé des investigations auprès de plusieurs établissements bancaires portant, notamment, sur les faits de corruption liés à la société vénézuélienne étatique PDVSA<sup>803</sup>. À la suite de ces investigations et en raison du lien de connexité entre les cas 1MDB, FIFA et PDVSA, la FINMA a mené une première procédure coordonnée pour les trois affaires à l'encontre de Credit Suisse AG. Elle a publié en septembre 2018 un communiqué de presse annonçant la fin de la procédure d'*enforcement*. Bien que les trois affaires de corruption diffèrent les unes des autres, les investigations menées par la FINMA ont abouti aux mêmes constats et ont mis en évidence les mêmes faiblesses. Les manquements au sein de la banque concernaient la vérification de l'identité du cocontractant et de l'ayant droit économique, la classification et les clarifications des relations d'affaires à risque accru ainsi que les devoirs de documentation. Par ailleurs, la FINMA a constaté que les manquements aux obligations de diligence étaient répétés et qu'ils s'étaient poursuivis durant plusieurs années<sup>804</sup>.

En outre, en octobre 2020, la FINMA a annoncé avoir clôturé une deuxième procédure d'*enforcement* à l'encontre de la banque Credinvest en raison de violations des dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent. En résumé, la FINMA a constaté que le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent et la gestion des risques de la banque étaient insuffisants. La banque a notamment contrevenu à ses obligations de diligence entre 2013 et 2017. En effet, elle ne vérifiait pas correctement l'identité de ses clients, des ayants droit économiques, et ne surveillait pas suffisamment les transactions de ces clients. Les processus étaient documentés de manière lacunaire et les soupçons étaient annoncés trop tardivement au MROS<sup>805</sup>. En novembre 2021, la FINMA a annoncé avoir clôturé les dernières procédures dans le contexte de l'affaire PDVSA à l'encontre de Banca Zarattini & Co. SA ainsi que CBH Compagnie Bancaire Helvétique SA<sup>806</sup>.

---

<sup>802</sup> United States district court, southern district of Texas, acte d'accusation dans l'affaire PDVSA du 29 août 2018, p. 21, par. 74.

<sup>803</sup> Communiqué de presse de la FINMA du 17 septembre 2018, «La FINMA constate des manquements dans la lutte contre le blanchiment d'argent chez Credit Suisse AG», in: Autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.finma.ch/fr/news/2018/09/20180917-mm-gwg-cs/v>> (22.11.2021).

<sup>804</sup> Communiqué de presse de la FINMA du 17 septembre 2018, «La FINMA constate des manquements dans la lutte contre le blanchiment d'argent chez Credit Suisse AG», in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<<https://www.finma.ch>>), consulter à ce titre: <<https://www.finma.ch/fr/news/2018/09/20180917-mm-gwg-cs/>> (22.11.2021).

<sup>805</sup> Communiqué de presse de la FINMA du 6 octobre 2020, «La FINMA clôt sa procédure à l'encontre de Banca Credinvest», in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.finma.ch/fr/news/2020/10/20201006-mm-verfahren-banca-credinvest/>> (22.11.2021).

<sup>806</sup> Communiqué de presse de la FINMA du 18 novembre 2020, «Blanchiment d'argent: la FINMA clôt les dernières procédures liées au Venezuela», in: Autorité fédérale de surveillance



Selon un article paru dans la *Handelszeitung* en février 2021, les ministères publics zurichoïses et genevois mèneraient des enquêtes pénales dans l'affaire PDVSA. Par ailleurs, le MPC aurait ouvert deux procédures pénales en juillet et en septembre 2020, contre des personnes inconnues, soupçonnées de blanchiment d'argent, de corruption ainsi que de délits patrimoniaux au détriment de PDVSA et des sociétés liées à celle-ci. En décembre 2017, le MPC avait déjà ouvert une procédure pénale contre des personnes inconnues pour blanchiment d'argent en relation avec le versement de pots-de-vin s'inscrivant dans le cadre de l'achat, par le Trésor vénézuélien, de produits structurés. Toutefois, l'enquête aurait été clôturée en avril 2020 en raison notamment du manque de coopération de l'État vénézuélien<sup>807</sup>.

#### 2.11.4 L'affaire FIFA

Le 27 mai 2015, dans une mission coordonnée avec les autorités états-uniennes, le MPC a saisi des informations et des documents auprès du siège de la FIFA à Zurich<sup>808</sup> et a arrêté sept personnes pour des faits de corruption et de *racket* en vue de l'extradition aux États-Unis<sup>809</sup>. Le MPC a déclaré ne pas mener une enquête commune, mais collaborer avec le procureur fédéral du *Eastern District of New York* en charge de l'affaire. En mars 2015, le MPC a ouvert une procédure pénale pour soupçon d'irrégularités commises lors des attributions des Coupes du monde de football en 2018 et 2022 au détriment de la FIFA. Selon le MPC, des paiements illicites ont été octroyés à des membres du Comité exécutif de la FIFA qui auraient pu influencer l'attribution des Coupes du monde<sup>810</sup>. Par ailleurs, le MPC a ouvert une enquête pour soupçon de gestion déloyale au détriment de la FIFA conformément à l'art. 158, ch. 1, al. 3, CP, et pour blanchiment d'argent conformément à l'art. 305<sup>bis</sup> CP, en relation avec des comptes ouverts auprès d'établissements bancaires suisses<sup>811</sup>.

---

des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.finma.ch/fr/news/2021/11/20211118-mm-zarattini/>> (22.11.2021).

<sup>807</sup> *Handelszeitung*, «Venezuela Geldwäsche: Zürich, Genf und der Bund ermitteln parallel», Sven Millischer, 11 février 2021, in: *Handelszeitung*, (<<https://www.handelszeitung.ch/>>), consulter à ce titre: <<https://www.handelszeitung.ch/politik/venezuela-geldwasche-zurich-genf-und-der-bund-ermitteln-parallel>> (22.11.2021).

<sup>808</sup> Communiqué de presse du MPC du 27 mai 2015, «Le Ministère public de la Confédération saisit des documents à la FIFA», in: Ministère public de la Confédération (MPC), (<<https://www.bundesanwalt.ch/mpc/fr/home.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.bundesanwalt.ch/mpc/fr/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-57391.html>> (22.11.2021).

<sup>809</sup> Communiqué de presse du DOJ du 27 mai 2015, «Nine FIFA Officials and Five Corporate Executive Indicted for Racketeering Conspiracy and Corruption», in: The United States Department of Justice (DOJ), (<[www.justice.gov](http://www.justice.gov)>), consulter à ce titre: <<https://www.justice.gov/opa/pr/nine-fifa-officials-and-five-corporate-executives-indicted-racketeering-conspiracy-and>> (22.11.2021).

<sup>810</sup> MPC, Rapport de gestion 2015, p. 15, chap. 3.9.

<sup>811</sup> Communiqué de presse du MPC du 27 mai 2015, «Le Ministère public de la Confédération saisit des documents à la FIFA», in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse,



Par ailleurs, le 25 septembre 2015, le MPC a ouvert une procédure pénale à l'encontre de l'ancien président de la FIFA Joseph Blatter pour soupçon de gestion déloyale (art. 158 CP) et, subsidiairement, abus de confiance (art. 138 CP). Le MPC soupçonne que M. Blatter aurait signé un contrat défavorable à la FIFA avec l'Union caribéenne de football. Par ailleurs, M. Blatter aurait également agi de manière contraire aux intérêts de la FIFA, en violation de ses devoirs de gestion. Enfin, il est reproché à M. Blatter d'avoir effectué un paiement à hauteur de 2 millions CHF en faveur de l'ancien président de l'Union Européenne des associations de football (UEFA) M. Michel Platini, prétendument pour des travaux effectués entre janvier 1999 et juin 2002. Ce paiement, qui aurait porté préjudice à la FIFA, a été effectué en février 2011<sup>812</sup>. En novembre 2020, le MPC a confirmé avoir étendu la procédure pénale à l'encontre de M. Blatter pour escroquerie au sens de l'art. 146 CP<sup>813</sup>. Début novembre 2021, le MPC a annoncé avoir déposé un acte d'accusation contre Joseph Blatter pour escroquerie (art. 146, al. 1, CP), subsidiairement pour abus de confiance (art. 138, ch. 1, al. 2, CP) et gestion déloyale (art. 158, ch. 1, al. et 3, CP) ainsi que pour faux dans les titres (art. 251, ch. 1, al. 1 et 2 CP). Les chefs d'accusation contre Michel Platini portent sur l'escroquerie (art. 146, al. 1, CP), subsidiairement sur la participation à un abus de confiance (art. 138, ch. 1, al. 2, CP) et sur la participation à une gestion déloyale (art. 158, ch. 1, al. 1 et 3, CP) en qualité de complice (art. 25 CP) ainsi que pour faux dans les titres (art. 251, ch. 1, al. 1 et 2 CP)<sup>814</sup>.

Deux ans après l'ouverture de diverses procédures pénales dans le cadre du complexe d'enquêtes FIFA, le MPC a prononcé en juin 2017 une condamnation par le biais d'une ordonnance pénale à l'encontre d'un ancien collaborateur d'un établissement bancaire dans le cadre d'une procédure coordonnée avec les États-Unis. L'ancien collaborateur a été condamné pour faux dans les titres conformément à l'art. 251 CP, et pour violation de l'obligation de communiquer en vertu des art. 9 et 37 LBA. Par ail-

---

(<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>), consulter à ce titre: (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-57391.html>) (22.11.2021).

<sup>812</sup> Communiqué de presse du MPC 25 septembre 2015, «Procédure pénale ouverte contre le président de la FIFA», in: Ministère public de la Confédération (MPC), (<https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home.html>), consulter à ce titre: (<https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-58891.html>) (22.11.2021).

<sup>813</sup> Schweizer Radio und Fernsehen, 28 novembre 2020, «Bundesanwaltschaft ermittelt gegen Blatter und Platini», in: Schweizer Radio und Fernsehen (SRF), (<https://www.srf.ch/>), consulter à ce titre: (<https://www.srf.ch/news/schweiz/moegliche-millionen-zahlung-bundesanwaltschaft-ermittelt-gegen-blatter-und-platini>) (22.11.2021).

<sup>814</sup> Communiqué de presse du MPC du 2 novembre 2021, «Football: Renvoi en jugement dans le contexte du paiement de CHF 2 millions par la FIFA à l'ancien président de l'UEFA», in: Ministère public de la Confédération (MPC), (<https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home.html>), consulter à ce titre: (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-85688.html>) (22.11.2021).

leurs, le MPC a confisqué un montant de 650 000 USD provenant de paiements illicites. Dans ce contexte, en vertu du principe de l'interdiction de la double incrimination en droit pénal, les infractions déjà couvertes par la reconnaissance de culpabilité du collaborateur aux États-Unis (*guilty plea*) n'ont pas été poursuivies en Suisse<sup>815</sup>.

Le 6 août 2019, le MPC a annoncé avoir déposé un acte d'accusation auprès du Tribunal pénal fédéral à l'encontre de trois fonctionnaires de la Fédération allemande de football (*Deutscher Fussball Bund (DFB)*) ainsi que contre un ancien fonctionnaire suisse de la FIFA. Le MPC reproche aux prévenus d'avoir trompé astucieusement les membres d'un organe de surveillance du comité d'organisation de la DFB pour la Coupe du monde de football en 2006 en lien avec le but réel d'un paiement de 6.7 millions EUR. Les trois prévenus sont accusés d'escroquerie en vertu de l'art. 146, al. 1, CP. En revanche, la procédure pour blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP) a été classée en juillet 2019<sup>816</sup>. Cette mise en accusation est intervenue avant la prescription de la poursuite pénale du complexe d'affaires lié à la FIFA. Compte tenu de la situation sanitaire, la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral a dû suspendre la procédure pénale qui s'est prescrite le 27 avril 2020<sup>817</sup>.

Le 20 février 2020, le MPC a annoncé avoir déposé un acte d'accusation contre l'ancien secrétaire général de la FIFA, Jérôme Valcke, pour corruption passive (art. 4a, al. 1, en lien avec l'ancien art. 23 LCD), gestion déloyale multiple et qualifiée (art. 158, ch. 1, al. 3, CP) et faux dans les titres selon l'art. 251 CP, dans le cadre de l'attribution de droits médiatiques de différentes Coupes du monde de football et Coupes des Confédérations de la FIFA. Par ailleurs, dans la même affaire, le MPC a accusé le directeur de BeIN Media Group, Nasser Al-Khelaïfi, ainsi qu'un troisième prévenu resté anonyme, d'instigation à la gestion déloyale qualifiée commise par Jérôme Valcke conformément aux art. 24 CP et 158, al. 1, CP. Le troisième prévenu a été accusé de corruption active au sens de l'art. 4a, al. 1, LCD.

---

<sup>815</sup> Communiqué de presse du MPC du 16 juin 2017, «Le Ministère public de la Confédération clôt la première procédure pénale», in: Ministère public de la Confédération (MPC), (<<https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-67065.html>> (22. 11. 2021).

<sup>816</sup> Communiqué de presse du MPC du 6 août 2019, «Football: Dépôt d'un acte d'accusation en relation avec la Fédération allemande de football (DFB)» in: Ministère public de la Confédération (MPC), (<<https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-75991.html>> (22. 11. 2021).

<sup>817</sup> Décision SK.2019.45 du 20 avril 2020 de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral, in: Tribunal pénal fédéral (TPF), (<<https://www.bstger.ch/>>), consulter à ce titre: <[https://bstger.weblaw.ch/#/cache?id=c4969446-61d9-4174-a3a8-e4dc626b067c&searchTerm=SK.2019.45%20&&sortField=publicationDate&sortDirection=desc&index=2&guiLanguage=de&size=n\\_20\\_n](https://bstger.weblaw.ch/#/cache?id=c4969446-61d9-4174-a3a8-e4dc626b067c&searchTerm=SK.2019.45%20&&sortField=publicationDate&sortDirection=desc&index=2&guiLanguage=de&size=n_20_n)> (22. 11. 2021).

Parallèlement, la FIFA a informé le MPC qu'elle avait retiré complètement sa plainte pénale à l'encontre de Nasser Al-Khelaïfi et partiellement celle à l'encontre de Jérôme Valcke suite à un accord à l'amiable. Fort de ce constat, le MPC a dû classer cette partie de la procédure. Toutefois, le retrait partiel de la plainte pénale ne concernait pas les reproches de corruption active et passive entre Jérôme Valcke et le troisième prévenu qui ont fait l'objet d'une mise en accusation. Par ailleurs, les autres chefs d'accusation poursuivis d'office, soit la gestion déloyale, l'instigation à la gestion déloyale et le faux dans les titres ont également fait l'objet d'un acte d'accusation<sup>818</sup>.

Le 30 octobre 2020, le Tribunal pénal fédéral a publié son jugement dans cette affaire : il a condamné Jérôme Valcke pour faux dans les titres répétés selon l'art. 251, ch. 1, CP et a prononcé une peine pécuniaire de 120 jours-amende à 200.– CHF le jour-amende, avec sursis à l'exécution de la peine durant un délai d'épreuve de deux ans. En revanche, il a été acquitté des autres chefs d'accusation. S'agissant de Nasser Al-Khelaïfi et du troisième prévenu, ils ont également bénéficié d'un acquittement des infractions qui leur ont été reprochées<sup>819</sup>.

Par ailleurs, la FINMA a constaté en février 2020 de graves manquements au sein de la banque Julius Bär dans les affaires FIFA et PDVSA. La procédure d'*enforcement*, désormais clôturée, a démontré que Julius Bär a violé systématiquement ses obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et ne disposait pas au moment des faits d'une gestion des risques adéquate. Les manquements se sont étendus sur une longue période, à savoir de 2009 à 2018. Concrètement, la banque n'a pas suffisamment clarifié l'identité de ses clients ainsi que le contexte économique des relations d'affaires. Julius Bär n'a pas surveillé adéquatement les transactions durant une période où il existait des indices clairs de blanchiment d'argent.

En 2017, la banque a par exemple effectué une transaction à hauteur de 70 millions CHF pour un client vénézuélien sans avoir procédé aux clarifications nécessaires, alors qu'elle avait appris la même année que ce client faisait l'objet d'accusations de corruption. Cette même année, la banque a permis à ce client d'effectuer une transac-

---

<sup>818</sup> Communiqué de presse du MPC du 20 février 2020, «Football: dépôt de l'acte d'accusation en lien avec l'attribution de droits médiatiques», in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-78172.html>> (22.11.2021).

<sup>819</sup> Communiqué de presse du Tribunal fédéral pénal du 30 octobre 2020, «Cause SK.2020.4: Ministère public de la Confédération et D. contre A., B., C.», in: (<[www.bstger.ch](http://www.bstger.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.bstger.ch/fr/media/comunicati-stampa/2020.html>>; voir aussi l'article de presse dans la NZZ du 30 octobre 2020: «Bundesstrafgericht: Bedingte Geldstrafe für Jérôme Valcke und Freispruch für Al-Khelaifi im Fifa-Prozess», in: Neue Zürcher Zeitung (NZZ), (<<https://www.nzz.ch/>>), consulter à ce titre: <<https://www.nzz.ch/schweiz/bundess- strafgericht-freispruch-fuer-jerome-valcke-und-al-khelaifi-im-fifa-prozess-ld.1584473?re- duced=true>> (22.11.2021).

tion de passage d'un montant de plusieurs millions USD sans procéder à des clarifications adéquates. En dehors des manquements liés aux obligations de diligence, la FINMA a également constaté des carences organisationnelles. En effet, le modèle de rémunération de la banque ne prenait pas suffisamment en considération le respect des règles et la gestion des risques par les conseillers clients. Ainsi, un conseiller<sup>820</sup> responsable de clients vénézuéliens a obtenu encore en 2016 et 2017 des bonus et des indemnités à hauteur de plusieurs millions de francs suisses, alors que la banque avait effectué des communications au MROS concernant plusieurs de ses clients faisant l'objet d'une enquête ou étant soupçonnés dans le contexte de l'affaire PDVSA. Enfin, la culture de *Compliance* et la gestion des risques de la banque a été considérée comme lacunaire. Partant, la FINMA a ordonné les mesures suivantes :

- la banque doit prévoir un processus afin d'identifier les portefeuilles de clients présentant des risques accrus de blanchiment d'argent.
- la politique de rémunération doit être adaptée, afin de mettre à terme aux incitations à générer les plus hauts revenus possibles au prix d'une prise de risques inconsidérée.
- la banque doit prévoir un comité spécialisé dans les questions de *Conduct* et de *Compliance* au sein de son conseil d'administration ou un mécanisme produisant des effets semblables.
- aussi longtemps que l'ordre légal n'a pas été rétabli, il est fait interdiction à la banque de réaliser des transactions susceptibles de provoquer une nette augmentation de ses risques opérationnels.

Enfin, en janvier 2021, la FINMA a terminé ses investigations concernant les responsabilités individuelles au sein de la banque Julius Bär en relation avec l'affaire PDVSA et a ouvert une procédure d'*enforcement* à l'encontre d'une personne physique<sup>821</sup>.

Le cas FIFA vient clore le volet d'affaires de corruption qui se sont succédé durant les années 2014 à 2016.

---

<sup>820</sup> Selon différents articles parus dans la presse, il doit s'agir de Matthias Krull, cf. notamment NZZ, «So nachlässig ging Julius Bär mit kriminellen Geldern um», Daniel Imwinkelried, 20 février 2020, in: Neue Zürcher Zeitung (NZZ), (<<https://www.nzz.ch/>>), consulter à ce titre: <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/julius-baer-hat-in-der-geldwaeschereibekaempfung-versagt-lid.1541655?reduced=true>> (22.11.2021).

<sup>821</sup> Communiqué de presse de la FINMA du 21 janvier 2021, «Violations des dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent: La FINMA a clarifié les responsabilités des managers de Julius Bär», in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.finma.ch/fr/news/2021/01/20210121-mm-jb/>> (22.11.2021).

### 2.11.5 Conclusions

À l'instar d'autres États, la Suisse est confrontée depuis longtemps à des affaires de corruption qui l'ont conduite à ratifier diverses conventions internationales et, en conséquence, à réviser plusieurs fois le droit suisse de la corruption. Ces démarches seront présentées plus en détail dans le chapitre dédié à l'évolution du cadre législatif suisse<sup>822</sup>. Sur le plan opérationnel, le GCBF a publié une analyse sur la lutte contre la corruption qui arrive aux conclusions suivantes<sup>823</sup>:

- Les avoirs issus des faits de corruption à l'étranger sont rarement placés promptement sur des comptes auprès d'établissements bancaires suisses. Le plus souvent, ils y sont transférés après avoir été préalablement introduits dans le circuit financier légal dans d'autres juridictions et avant d'être déplacés vers des comptes ouverts dans d'autres pays. Il s'ensuit que, dans le processus de blanchiment d'argent des avoirs issus de la corruption, la phase du brouillage des pistes (*layering*) constitue la principale menace pour la place financière suisse; elle est suivie de la phase d'intégration (*integration*).
- Les communications de soupçons reçues par le MROS ainsi que les procédures pénales ouvertes par le MPC pour blanchiment d'argent suite à des faits de corruption ont doublé<sup>824</sup> depuis 2007. Alors que le blanchiment d'argent associé à la corruption domestique ne représente qu'environ 1% des communications reçues par le MROS, la menace provient essentiellement de la corruption active et surtout passive d'agents publics étrangers.
- L'une des principales caractéristiques des procédés criminels visant à blanchir les revenus d'activités corruptives est le recours à des personnes morales, majoritairement des sociétés de domicile. Dans près de 90% des cas, il s'agit de personnes morales de droit étranger, mais des sociétés suisses y concourent également. Toutefois, les personnes morales suisses sont plus vulnérables au risque de blanchiment d'argent associé à l'escroquerie. Dans le cas de soupçons de blanchiment d'argent liés à des faits de corruption étrangère, les personnes morales suisses impliquées sont très souvent des sociétés anonymes opérationnelles actives dans le domaine du conseil et de la gestion financière.

---

<sup>822</sup> Le lecteur est renvoyé à la révision du droit pénal de la corruption dans la partie II, titre II, chapitre 6.3.

<sup>823</sup> Rapport du GCBF sur la corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent, 1<sup>er</sup> avril 2019, p. 3 à 4.

<sup>824</sup> À titre d'exemple, en 2017, plus de 23% des communications reçues par le MROS portait sur des soupçons de blanchiment d'argent associés à des faits de corruption, alors qu'en 2007 seuls 12.7% des communications reçues concernaient la corruption comme infraction préalable. Ce taux est même descendu à 9.51% en 2008, à 7.25% en 2009 et à 5.18% en 2010, avant de connaître une spectaculaire croissance depuis 2015; cf. Rapport du GCBF sur la corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent, 1<sup>er</sup> avril 2019, p. 9.

- Les communications de soupçons liés à des faits de corruption impliquent souvent plus des sociétés de domicile, plus des personnalités politiquement exposées et plus des pays à risque ainsi que des sommes d'argent élevées en comparaison de la moyenne des communications reçues par le MROS.

Il s'ensuit que les relations d'affaires susceptibles d'être utilisées pour des faits corruptifs sont des relations à risque accru impliquant des personnes morales étrangères, des PPE, des pays à risque et des sommes d'argent élevées. Par ailleurs, plus les sociétés étrangères sont actives dans un secteur d'activité dépendant des adjudications ayant lieu dans le cadre des marchés publics, plus elles seront vulnérables au risque de corruption et de blanchiment d'argent issu d'actes corruptifs<sup>825</sup>. À notre sens, il s'agit d'une conséquence intrinsèque de la nature de la transaction. En effet, pour se voir adjudger un mandat dans un pays étranger, les groupes de sociétés concernées sont prêts à payer des pots-de-vin par le biais de caisses noires<sup>826</sup>.

Le rapport relève aussi que le pays où les sociétés exercent leurs activités constitue également un facteur de risque déterminant. Par ailleurs, plus les activités développées par les personnes morales comportent des sommes d'argent importantes ou des volumes considérables d'unités de vente, plus les risques de blanchiment d'argent associés à la corruption seront élevés. En effet, il est plus aisé de dissimuler des pots-de-vin par une surfacturation minimale d'unités de vente achetées par millions que par l'achat de quelques unités où la surfacturation risque d'être découverte, car plus visible<sup>827</sup>.

Concernant le droit de la surveillance des marchés financiers, les affaires de corruption ont mis en évidence de nombreuses faiblesses des établissements bancaires. Ces faiblesses concernent notamment les clarifications insuffisantes des relations d'affaires et des transactions à risque accru enregistrées en Suisse, la violation de l'obligation de communiquer au MROS et, dans certains cas, une gestion inadéquate des risques juridiques et de réputation globaux. Un article concernant l'affaire de blanchiment d'argent 1MDB, paru dans la presse alémanique en novembre 2019, démontre comment, auprès d'un établissement bancaire helvétique, les contrôles de premier et deuxième niveaux n'ont pas été effectués adéquatement. Ces vérifications concernaient une relation d'affaires dont l'ayant droit économique n'était pas moins que le milliardaire Jho Low Taek soupçonné d'avoir détourné des centaines de millions du fonds malaisien 1MDB<sup>828</sup>. L'article soulignait également que la banque aurait omis

---

<sup>825</sup> Rapport du GCBF sur la corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent, 1<sup>er</sup> avril 2019, p. 20, chap. 1.4.

<sup>826</sup> C'était le *modus operandi* dans les affaires de corruption Petrobras et Odebrecht.

<sup>827</sup> Rapport du GCBF sur la corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent, 1<sup>er</sup> avril 2019, p. 21, chap. 1.4.

de faire une communication au MROS, alors qu'il existait des indices de blanchiment d'argent<sup>829</sup>.

Or, dans un article paru en 1994, PIETH soulevait déjà l'importance des clarifications effectuées par le banquier sur l'arrière-plan économique d'un client lorsque des transactions paraissent inhabituelles ou étranges par rapport à son profil. Toujours selon cet auteur, il s'agit de l'élément le plus important du concept de lutte contre le blanchiment d'argent<sup>830</sup>.

Selon la FINMA, ces affaires «[...] ont en commun le manque de profondeur avec lequel les établissements ont clarifié les faits concernés, notamment eu égard à leur obligation de plausibilisation. Ils se sont en effet souvent contentés de simples renseignements fournis par les clients ou de documents peu probants. Ils n'ont par ailleurs pas fait preuve d'un sens critique prenant suffisamment en compte les risques liés aux relations commerciales concernées, alors que leurs obligations légales de plausibilisation les y contraignaient [...]»<sup>831</sup>

La FINMA a demandé des informations complémentaires à 46 banques suisses dans le cadre de ses investigations, en recourant dans certains cas à des chargés d'audit et d'enquête pour examiner l'état de fait dans le cadre des affaires de corruption<sup>832</sup>.

Après avoir clos, entre 2016 et 2019, plus de 20 cas à l'encontre d'établissements et de managers responsables au sujet de cas complexes tels que 1MDB, Petrobras et FIFA, la FINMA a rendu en 2020 deux décisions concernant des relations d'affaires en lien avec le groupe pétrolier PDVSA, la première à l'encontre de Julius Bär et la seconde à l'encontre de la banque tessinoise Credinvest<sup>833</sup>.

---

<sup>828</sup> Jho Low Taek a signé un accord avec le DOJ à la fin octobre 2019 et a accepté la confiscation d'actifs estimés à 700 millions USD. Toutefois, il a refusé de se reconnaître coupable de détournement de fonds; cf. Communiqué de presse du DOJ, U.S Attorney's Office, Central district of California, du 30 octobre 2019, «U.S. reaches settlement to recover more than \$ 700 million in assets allegedly traceable to corruption involving 1MDB», in: The United States Department of Justice (DOJ), (<[www.justice.gov](http://www.justice.gov)>), consulter à ce titre: <<https://www.justice.gov/usao-cdca/pr/us-reaches-settlement-recover-more-700-million-assets-allegedly-traceable-corruption>> (22. 11. 2021).

<sup>829</sup> Tages-Anzeiger du 23 novembre 2019, «Wie die Banker im 1MDB Skandal versagten. Der Bund hat zwei Zürcher Bankkader gebüsst, weil sie schmutziges Geld nicht meldeten. Das ermöglicht einen seltenen Einblick in eine riesige Geldwäsche-Operation», Christian Brönnimann, p. 40. Selon l'article, il s'agirait de la banque Coutts avec siège à Zurich, in: Tages-Anzeiger, (<[www.tagesanzeiger.ch](http://www.tagesanzeiger.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/wie-die-banker-im-1mdbskandal-versagten/story/13095204>> (22. 11. 2021).

<sup>830</sup> PIETH, Die Aufspürung illegaler Gewinne, p. 444.

<sup>831</sup> FINMA, Rapport annuel 2016, p. 74.

<sup>832</sup> FINMA, Rapport annuel 2018, p. 92.

<sup>833</sup> FINMA, Rapport annuel 2020, p. 62.

Or, dans le cadre de ses procédures, la FINMA a vérifié la mise en œuvre des obligations de diligence en général, le respect de l'obligation de communication des soupçons de blanchiment au MROS et la mise en œuvre des obligations découlant de la gestion globale des risques juridiques et de réputation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent<sup>834</sup>. En ce qui concerne ce dernier point, l'OBA-FINMA 2020 a introduit des précisions importantes qui tiennent notamment compte des investigations menées par la FINMA dans de récentes affaires de blanchiment d'argent<sup>835</sup>. Nous nous attacherons ci-après à analyser deux modifications législatives de l'OBA-FINMA intervenues au 1<sup>er</sup> janvier 2020 :

a) Exemple 1

Le catalogue des critères de risque de l'art. 13, al. 2, OBA-FINMA 2020<sup>836</sup> a été élargi. Les intermédiaires financiers doivent désormais explicitement prendre en compte les risques de blanchiment d'argent liés à leurs activités, lors de la définition des critères qu'ils utilisent pour catégoriser leurs relations d'affaires (art. 13, al. 2<sup>bis</sup>, OBA-FINMA 2020<sup>837</sup>). Ils doivent notamment déterminer pour chaque critère de l'art. 13, al. 2, OBA-FINMA 2020, si ce dernier est pertinent ou pas pour l'activité qu'ils exercent tout en tenant compte de l'analyse des risques établie sur la base de l'art. 25, al. 2, et al. 6, OBA-FINMA 2020. Les critères listés ont un caractère exemplatif. Par conséquent, si d'autres critères non-listés sont pertinents pour une relation d'affaires, ceux-ci doivent également être pris en considération<sup>838</sup>. Dans ce contexte, TAUBE a mené il y a quelques années une enquête, auprès de 13 banques, afin de déterminer les critères de risques utilisés dans la pratique par les différents établissements bancaires. Il s'est

---

<sup>834</sup> FINMA, Rapport annuel 2018, p. 92.

<sup>835</sup> FINMA, Rapport d'audition OBA-FINMA, 2018, p. 7.

<sup>836</sup> L'art. 13, al. 2, OBA-FINMA 2020 « Relations d'affaires comportant des risques accrus » a été complété par les critères de risque suivants :

*1) le siège ou le domicile ainsi que la nature et le lieu de l'activité du cocontractant, du détenteur du contrôle ou de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales peut comporter des risques accrus, notamment s'il est établi dans un pays que le GAFI considère à haut risque ou comme non coopératif;*

*2) le pays d'origine ou de destination de paiements fréquents, notamment pour les paiements effectués depuis ou vers un pays que le GAFI considère à haut risque ou non coopératif;*

*3) la complexité des structures, notamment en cas d'utilisation de plusieurs sociétés de domicile ou d'une société de domicile avec actionnaires fiduciaires dans une juridiction non transparente, sans raison manifestement compréhensible ou à des fins de placement de valeurs patrimoniales à court terme;*

*4) des transactions fréquentes comportant des risques accrus.*

<sup>837</sup> L'art. 13, al. 2<sup>bis</sup>, OBA-FINMA 2020 a la teneur suivante :

« <sup>2bis</sup> Sur la base de son analyse des risques, l'intermédiaire financier détermine pour chacun de ces critères s'il est pertinent pour son activité. Il définit concrètement les critères pertinents dans des directives internes et les prend en compte pour identifier ses relations d'affaires comportant des risques accrus. »

<sup>838</sup> FINMA, Rapport explicatif OBA-FINMA, 2018, p. 28.



avéré que pour l'ensemble des banques interrogées, les critères utilisés étaient les mêmes, alors qu'il s'agissait de catégories de banques très différentes (banque privée, banque de *retail*, banque de gestion de fortune avec rayonnement international, etc.)<sup>839</sup>. Or, la catégorisation correcte d'une relation d'affaires permet de la traiter en fonction des risques qu'elle représente. Si les critères utilisés pour catégoriser la relation d'affaires ne sont pas pertinents, il n'est pas possible de reconnaître les risques de blanchiment d'argent et de respecter les obligations de diligence. Il en va de même pour les transactions à risque accru. À titre d'exemple, on peut mentionner une casuistique anonyme publiée dans le rapport sur l'*enforcement* de 2017 relative à une affaire de corruption internationale démontrant qu'une banque n'avait ni reconnu ni surveillé de manière appropriée les risques accrus de blanchiment d'argent :

**« Communiqué de presse de la FINMA du 21.12.2017**

**Date de la décision :** 30.6.2017

**Sujet :** Obligations de diligence en matière de lutte contre le blanchiment d'argent

**Résumé :** La FINMA a procédé à un examen approfondi de la conduite, par la banque X, de plusieurs relations liées à une affaire de corruption internationale présumée et a constaté, dans ce contexte, de graves violations des obligations de diligence en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (art. 3 ss LBA). La procédure a révélé que la banque X n'avait pas suffisamment identifié ou surveillé les risques accrus de blanchiment d'argent présentés par certaines relations liées à cette affaire. Concrètement, la banque X s'est satisfaite, dans le suivi de ces relations, d'informations parfois incomplètes ou incohérentes de la part de ses clients, sans les clarifier de manière approfondie ou les documenter. Par ailleurs, certaines alertes générées par le système indiquant des risques accrus ont été closes sur la base d'informations insuffisantes et certains renseignements communiqués par les clients ont été considérés comme plausibles sans autres clarifications.

**Mesures :** Décision en constatation (art. 32 LFINMA); nomination d'un chargé d'audit (art. 24a LFINMA).

**Entrée en force :** La décision est entrée en force sans faire l'objet d'un recours »<sup>840</sup>

---

<sup>839</sup> TAUBE, thèse, p. 194 à 195; Kommentar Kriminelles Vermögen 2018 ad Art. 6 GwG-HUTZLER, N 18.

<sup>840</sup> FINMA, Rapport sur l'activité d'*enforcement* 2017, p. 7, cas n° 6.

Les intermédiaires financiers doivent procéder à une évaluation appropriée des risques liés à leurs relations d'affaires. Cela implique qu'ils utilisent des critères de risque pertinents, en fonction de leur modèle d'affaire et de leurs pays cibles. Si cette catégorisation n'est pas effectuée correctement, des indices de blanchiment d'argent ne seront pas reconnus, des clarifications complémentaires ne seront pas effectuées et des éventuels soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme ne pourront pas être signalés au MROS.

Par ailleurs, comme l'a révélé la FINMA, «[...] dans le cadre des affaires *IMDB* ou *Petrobras*, il s'est avéré de façon saisissante que des transferts fréquents entre différents comptes comprenaient des risques. Dans de tels cas, la surveillance des transactions n'a pas permis de tirer les conclusions qui s'imposaient. Il n'est pas inhabituel qu'un indice d'une relation d'affaires comportant des risques accrus ne survienne qu'au cours d'une relation d'affaires. Les indices de relations d'affaires présentant des risques accrus doivent être pris en compte de manière adéquate lors de la classification des risques, et ce, même s'ils ne sont identifiables par les intermédiaires financiers qu'une fois la relation d'affaires établies. Les intermédiaires financiers doivent aussi prendre en compte les risques accrus qui se révèlent au cours de la relation d'affaires [...]»<sup>841</sup>

L'exemple susmentionné démontre la nécessité de classer les relations d'affaires de manière adéquate. Au vu de ce qui précède et des faiblesses identifiées auprès des établissements bancaires en matière de catégorisation correcte des relations d'affaires à risque accru, les modifications législatives introduites par la FINMA étaient nécessaires et doivent de ce fait être saluées.

## b) Exemple 2

La FINMA a concrétisé dans le nouvel art. 6, al. 1, let. a-d, OBA-FINMA 2020, les exigences relatives à la gestion globale des risques juridiques et de réputation pour les succursales et les sociétés de groupe<sup>842</sup> à l'étranger en s'inspirant des standards internationaux en la matière<sup>843</sup>. Préalablement à l'art. 6, al. 1, let. a-d, OBA-FINMA

---

<sup>841</sup> FINMA, Rapport d'audit OBA-FINMA, 2018, p. 24.

<sup>842</sup> L'art. 22 OB définit la notion de société de groupe de la manière suivante: «On entend par sociétés du groupe les entreprises liées par une unité économique ou un devoir de prêter assistance». Il convient donc d'en déduire qu'il s'agit d'entreprises contrôlées par d'autres entreprises par une participation majoritaire au capital ou aux droits de vote ou maîtrisées d'une quelconque autre manière.

<sup>843</sup> Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (*Basel Committee on Banking Supervision*), Directive Sound management of risks related to money laundering and financing of terrorism, juin 2017 et la R 18/2012 du GAFI.

2020 la seule disposition prévoyant l'échange d'informations entre les succursales et les sociétés de groupe sises en Suisse avec leurs sociétés mères à l'étranger était l'art. 4<sup>quinquies</sup> LB<sup>844</sup>.

Toutefois, l'art. 4<sup>quinquies</sup> LB ne prévoit pas dans sa forme actuelle, un échange d'informations entre les filiales d'une société mère, ni d'une société mère vers sa fille. Autrement dit, l'échange d'informations est actuellement possible entre la société mère et ses filles, mais pas dans le sens inverse, ni dans une relation horizontale entre les sociétés filles d'une même société mère. Or, l'art. 6, al. 1, let. a-d, OBA-FINMA 2020 a permis d'étendre l'échange d'informations clients entre les succursales et les sociétés de groupe sises en Suisse avec leurs sociétés mères.

Dans son rapport explicatif accompagnant l'OBA-FINMA 2020, la FINMA a notamment relevé les faiblesses suivantes dans l'échange d'informations au sein du groupe :

- les intermédiaires financiers ne sont pas toujours conscients des risques de blanchiment d'argent dans leurs succursales et leurs sociétés de groupe. Ils doivent de ce fait effectuer aussi une analyse des risques pour ces établissements qui peut être combinée avec celle prévue par l'art. 25, al. 2, OBA-FINMA 2020.
- les sociétés de groupe et les succursales ne rapportent que ponctuellement des faits importants, ce qui est insuffisant. Pour apprécier les risques juridiques et de réputation, les intermédiaires financiers doivent effectuer un rapport annuel, standardisé et contenant des informations tant quantitatives que qualitatives.
- les succursales et les sociétés de groupe doivent informer ponctuellement les intermédiaires financiers, par exemple sur les relations d'affaires impliquant des PPE, des banques correspondantes et des transactions isolées ou liées qui ont une influence significative sur le résultat de la succursale ou de la société du groupe (*large clients*). Les relations d'affaires liées à un scandale international de blanchiment d'argent doivent toujours être rapportées<sup>845</sup>.

Si l'on considère que l'ensemble des relations d'affaires à risque accru impliquées dans les affaires de corruption proviennent de pays émergents, reste à savoir si les intermédiaires financiers ont suffisamment bien géré les risques juridiques et de réputation globaux. L'échange d'informations entre les sociétés de groupe et les sociétés mères fonctionnait-il correctement? On peut en douter, compte tenu des affaires de corruptions récentes à l'instar de l'affaire Danske Bank<sup>846</sup>. La FINMA a relevé de

---

<sup>844</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2A.91/2005 du 9 février 2006, consid.5 et Bulletin de la CFB 49/2006, p. 70, chap. 6.2.4 *in fine*.

<sup>845</sup> FINMA, Rapport explicatif OBA-FINMA, 2017, p. 11 à 13.

<sup>846</sup> Cf. partie II, titre I, chapitre 2.14.

graves défaillances d'un établissement bancaire et d'un groupe financier, dans la gestion des risques consolidés en matière de blanchiment d'argent :

**« Date de la décision : 22.9.2017**

**Parties :** Groupe financier X et banque X

**Sujet :** Surveillance consolidée, exigences en matière d'organisation interne et de gestion des risques, obligations de diligence en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, garantie d'une activité irréprochable.

**Résumé :** Le groupe financier X est la société faitière d'un groupe actif tant en Suisse qu'à l'étranger, composé notamment de la banque X sise en Suisse. Elle-même à la tête d'un sous-groupe, celle-ci a vu l'une de ses filiales étrangères sanctionnée par l'autorité de surveillance compétente en raison du non-respect de la réglementation locale de lutte contre le blanchiment d'argent. Compétente pour exercer la surveillance consolidée du groupe financier X et surveillant local de la banque X, la FINMA a ouvert une procédure administrative à son encontre. A son issue, elle a constaté que la surveillance consolidée en matière de gestion des risques et de lutte contre le blanchiment d'argent n'était pas adéquate et efficace, au regard notamment des graves lacunes en matière de remontée d'informations, d'identification et de gestion des risques et de suivi des recommandations émises par l'audit interne. Sur cette base, la FINMA a constaté que le groupe financier X aussi bien que la banque X ne disposaient pas d'une organisation consolidée adéquate en matière de gestion des risques et de lutte contre le blanchiment d'argent en violation des art. 3, al. 2, let. a, 3f, al. 2, LB, 12, al. 2 et 4 OB, 5 et 6 OBA-FINMA et de la Circ.-FINMA 08/24. Le groupe financier X et la banque X ne satisfaisaient ainsi pas à l'exigence de garantie d'une activité irréprochable des art. 3, al. 2, let. c; 3f, al. 1, LB; 24, let. d, OB et art. 9, al. 1, OBA-FINMA.

**Mesures :** Décision en constatation (art. 32 LFINMA); nomination d'un chargé d'audit indépendant (art. 24a LFINMA).

**Entrée en force :** La décision est entrée en force sans faire l'objet d'un recours»<sup>847</sup>.

---

<sup>847</sup> FINMA, Rapport sur l'activité d'enforcement 2017, p. 9, cas n° 9.

Cet exemple et les cas récents de blanchiment d'argent montrent que les intermédiaires financiers disposant de succursales et groupe de sociétés à l'étranger n'ont pas suffisamment maîtrisé les risques de blanchiment d'argent sur une base consolidée. Dans l'exemple susmentionné, le contrôle du respect des dispositions en matière de blanchiment d'argent a été délégué aux unités locales sans inclure la société mère. Dans son rapport annuel publié en avril 2020, la FINMA a présenté différents cas ayant fait l'objet d'une procédure d'*enforcement* durant ces dernières années<sup>848</sup>. Le graphique 4 ci-après illustre les caractéristiques des relations d'affaires examinées par la FINMA dans le cadre de procédures d'*enforcement* pour violation des dispositions de diligence en matière de lutte contre le blanchiment d'argent à l'encontre d'établissements assujettis<sup>849</sup>. On notera que les relations d'affaires impliquées présentent des caractéristiques similaires, soit:

- d'importants montants/volumes de transactions impliqués;
- l'ayant droit économique des relations d'affaires possédait de nombreuses sociétés de domicile ou des comptes;
- la relation d'affaires impliquée générerait une haute rentabilité pour l'intermédiaire financier;
- les clients étaient proches d'un pouvoir politique/de l'État (*state owned companies*)<sup>850</sup>.

La FINMA ne donne pas une définition de ce qu'il faut comprendre par *un client proche d'un pouvoir politique/de l'État*. À notre sens, il doit s'agir de gouvernements nationaux, de municipalités, de ministères, d'autorités ou d'autres institutions publiques, d'institutions étatiques ou détenues par l'État, de banques centrales ou supranationales, de fonds publics, d'employés cadres d'entreprises étatiques ou proches de celles-ci, etc. Ces relations d'affaires ne sont pas considérées comme étant des personnes politiquement exposées en vertu de l'art. 2a LBA. Toutefois, étant donné les risques qu'elles comportent, ces relations d'affaires devraient au moins être classées comme des relations présentant des risques accrus.

---

<sup>848</sup> FINMA, Rapport annuel 2019, p. 28.

<sup>849</sup> FINMA, Rapport annuel 2019, p. 29.

<sup>850</sup> Op. cit.

## Graphique 4<sup>851</sup>

### Caractéristiques des relations d'affaires analysées par la FINMA



S'agissant des violations des obligations de diligence, le graphique 5 montre que dans la totalité des cas analysés par la FINMA les clarifications effectuées étaient insuffisantes, particulièrement en ce qui concerne leur plausibilisation. Par ailleurs, dans quasiment deux tiers des cas examinés, l'obligation de communiquer a été violée par les intermédiaires financiers. En outre, dans la moitié des cas, l'identité de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales était incorrecte. Enfin, des faiblesses importantes ont été relevées dans la culture des établissements, faiblesses ayant conduit à des manquements en matière d'organisation, de gestion des risques et de garantie d'une activité irréprochable.

<sup>851</sup> FINMA, Rapport annuel 2019, p. 29.

Cela dit, en ce qui concerne la surveillance globale des relations d'affaires, il ne s'agit pas d'une violation juridique, car il n'existe aucune base légale imposant aux intermédiaires financiers d'assurer une surveillance globale des relations d'affaires. Toutefois, le fait de ne pas avoir une vue holistique des relations d'affaires d'un client peut comporter des risques opérationnels et réputationnels susceptibles de remettre en question l'exigence d'une organisation interne et d'une gestion des risques appropriée d'un établissement financier.

**Graphique 5**<sup>852</sup>

**Violations et manquements constatés par la FINMA**



<sup>852</sup> FINMA, Rapport annuel 2019, p. 29.

En ce qui concerne le volet pénal, bien que des montants importants aient été restitués aux pays concernés par le biais de l'entraide judiciaire<sup>853</sup>, il est difficile de tirer un bilan. En effet, des chiffres détaillés ne sont pas disponibles concernant notamment le nombre d'affaires poursuivies et renvoyées en jugement par-devant un tribunal ou clôturées par le prononcé d'une ordonnance pénale selon les art. 352 s. CPP.

En guise de conclusion, la casuistique étudiée en relation avec les affaires internationales de corruption démontre que l'infraction préalable au blanchiment d'argent est majoritairement commise à l'étranger et que les fonds illicites en question sont par la suite transférés en Suisse. Les efforts législatifs et opérationnels entrepris par les différentes autorités suisses sont certes remarquables<sup>854</sup>. Toutefois, on peut se demander s'ils sont suffisants compte tenu de l'accumulation, ces dernières années, de cas de blanchiment d'argent liés à des faits corruptifs. En effet, ces cas occupaient la première place parmi les infractions préalables les plus souvent communiqués au MROS en 2018 et la deuxième place en 2019<sup>855</sup>. Cette croissance est certes le reflet de tendances et d'événements internationaux suggérant que le risque de blanchiment auquel les intermédiaires financiers sont exposés provient majoritairement de faits de corruption commis à l'étranger. Ces faits découlent notamment de la dénonciation publique de la corruption des élites des régimes autoritaires renversés et des révolutions politiques dans les années 2011 à 2014 (Printemps arabe). Par ailleurs, plusieurs scandales financiers internationaux depuis 2014 (comme le complexe d'affaires *Lava Jato/Petrobras* au Brésil ou les soupçons liés aux possibles détournements du fonds souverain malaisien 1MDB) ont également généré une augmentation des communications au MROS<sup>856</sup>. Néanmoins, il serait réducteur d'en limiter la portée à ce seul fait. Si les criminels continuent d'ouvrir des comptes bancaires en Suisse, c'est pour les mêmes raisons que les hommes d'affaires qui font des opérations légales : ils souhaitent déposer leurs valeurs patrimoniales dans un environnement politique stable et sécurisant<sup>857</sup>. En outre, certains intermédiaires financiers ayant leur siège en Suisse sont vulnérables à

---

<sup>853</sup> MPC, Rapport de gestion 2018, p. 19 à 20, chap. 4.5 à 4.7.

<sup>854</sup> Cf. BETZ/PIETH, *Globale Finanzflüsse*, IV, chap. 4. Les auteurs considèrent que la Suisse a pris de nombreuses mesures pour se conformer aux développements internationaux en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et de la corruption ; cf. Rapport du GCBF sur la corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent, 1<sup>er</sup> avril 2019, p. 5, qui considère que la Suisse dispose d'un arsenal législatif et institutionnel efficace pour lutter contre le risque de blanchiment d'argent issu de faits corruptifs.

<sup>855</sup> En 2018, la corruption était l'infraction préalable au blanchiment d'argent faisant l'objet du plus grand nombre de communications représentant plus de 27% de toutes les communications reçues durant l'exercice sous revue ; cf. MROS, Rapport annuel 2018, p. 6. En 2019, ce pourcentage a légèrement baissé et s'élève à 24% ; cf. MROS, rapport annuel 2019, p. 12.

<sup>856</sup> Rapport du GCBF sur la corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent, 1<sup>er</sup> avril 2019, p. 11.

<sup>857</sup> PIETH, *Die Praxis der Geldwäscherei*, p. 16.



de telles transactions<sup>858</sup>. Dans ce contexte, il appert que les intermédiaires financiers suisses avaient dans le passé une certaine difficulté objective à identifier l'origine criminelle des fonds corruptifs, car, comme le démontrent les statistiques de communications, la presse était jusqu'en 2020 l'élément prépondérant à l'origine des soupçons de blanchiment d'argent<sup>859</sup>. Toutefois, cette tendance s'est atténuée en 2018 et en 2019 avec 25 % resp. 31 % des communications de soupçons relevant de la surveillance des transactions. Par ailleurs, en 2020, pour la première fois, la surveillance des transactions a été l'élément à l'origine des soupçons le plus souvent mentionnée avec 36.2% des communications effectuées au MROS<sup>860</sup>. Les intermédiaires financiers mettent-ils suffisamment l'accent sur les clarifications des transactions atypiques ou à risque accru? L'analyse effectuée par la FINMA des décisions d'*enforcement* rendues durant les dernières années a démontré que, dans 100% des cas étudiés, la clarification des transactions était insuffisante. Par ailleurs, dans 77% des cas analysés, l'intermédiaire financier n'avait pas identifié et classé la relation d'affaires à risque accru, ni demandé l'autorisation nécessaire pour entamer cette relation. Enfin, dans plus de la moitié des cas, une violation de l'obligation de communication au MROS a été constatée. Dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, seul l'intermédiaire financier est en mesure d'associer les informations relatives aux transactions effectuées ou envisagées avec le profil client<sup>861</sup>. Certes, il n'existe pas de définition légale ou réglementaire de ce que l'on considère être une transaction inhabituelle et ce caractère peut varier d'un client à l'autre, d'une banque à l'autre et d'une filiale à une autre<sup>862</sup>, même si les groupes bancaires disposent aujourd'hui de réglementations au niveau du groupe. Cela dit, sans une surveillance des transactions à risque accru suivi de clarifications pertinentes, l'intermédiaire financier n'est pas en mesure de détecter des soupçons déclenchant une communication au MROS ou il communique ses soupçons seulement lorsque l'affaire est relatée par la presse. Concernant les clarifications, il va de soi que l'intermédiaire doit faire preuve d'un esprit critique et ne peut se contenter d'ex-

---

<sup>858</sup> Parmi les différents types d'établissements, les banques étrangères, les établissements spécialisés dans des opérations boursières, les transactions sur titres et la gestion de fortune ainsi que les banques privées sont les plus vulnérables pour des faits de blanchiment d'argent issus de faits corruptifs; cf. Rapport du GCBF sur la corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent, 1<sup>er</sup> avril 2019, p. 34.

<sup>859</sup> Rapport du GCBF sur la corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent, 1<sup>er</sup> avril 2019, p. 4.

<sup>860</sup> MROS, Rapport annuel 2020, p. 22.

<sup>861</sup> PIETH, *Die Praxis der Geldwäscherei*, p. 23.

<sup>862</sup> DE CAPITANI, *Auswirkungen auf Banken*, p. 71.

plications qui ne sont pas pertinentes. L'approche pratiquée est-elle la bonne? Il est encore tôt pour répondre à cette question. Il faudra attendre que les nouvelles dispositions législatives et réglementaires introduites en 2020 fassent leurs preuves avant de pouvoir faire un bilan.

## 2.12 Les révélations des *Panama Papers*

En avril 2016, de nombreux journaux suisses et internationaux ont relaté le résultat d'une enquête menée par l'*International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ)* en collaboration avec des journalistes de la *Süddeutsche Zeitung* ainsi qu'une centaine d'autres médias partenaires. L'enquête portait sur une importante perte d'informations et de données confidentielles et révéla que de hauts fonctionnaires, des politiciens, des sportifs et des célébrités avaient fait recours à l'étude d'avocats panaméenne Mossack Fonseca pour mettre en place des structures et des sociétés *offshore* ayant pour but de dissimuler leurs valeurs patrimoniales aux autorités fiscales. L'analyse effectuée par l'ICIJ a révélé que des clients domiciliés dans plus de 200 pays et territoires ont recouru à plus de 214 000 sociétés *offshore*. Les données analysées par les journalistes comprennent des courriels, des états financiers, des copies de registres fonciers révélant l'existence de comptes bancaires et de sociétés dans 21 juridictions *offshore*<sup>863</sup>. En juin 2018, l'ICIJ et ses médias partenaires ont publié des nouvelles découvertes après avoir analysé 1.2 million de fichiers supplémentaires<sup>864</sup>. Parmi les statistiques publiées par l'ICIJ, trois graphiques ont particulièrement attiré notre attention. Le graphique 6 démontre que les Iles Vierges Britanniques ont été parmi les juridictions *offshore* les plus utilisées pour la création de sociétés; davantage même que les Bahamas. Une vue générale des juridictions ayant été utilisées pour créer des sociétés *offshore* est disponible sur le site Internet de L'ICIJ<sup>865</sup>. Or, la constitution de sociétés *offshore* dans les Iles Vierges Britanniques et les Bahamas a considérablement augmenté jusqu'en 2005 pour ensuite diminuer de manière remarquable depuis

---

<sup>863</sup> La notion de juridiction *offshore* se réfère aux prestations offertes par ces pays. En particulier, la création rapide et peu coûteuse de sociétés de domicile, une structure réglementaire et de surveillance des marchés financiers faible combinées à une politique de confidentialité forte et à une entraide judiciaire inexistante; cf. PIETH/AIOLFI, *Anti-Money Laundering: Levelling the Playing Field*, introduction, p. 12.

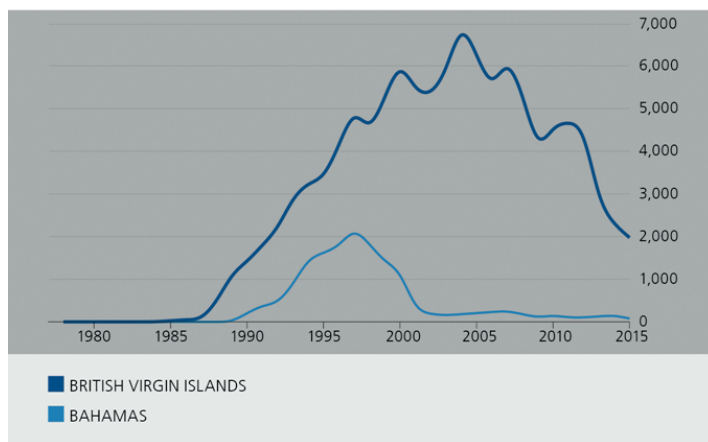
<sup>864</sup> *International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ)*, «About the investigations», in: (<<https://www.icij.org/>>), consulter à ce titre: (<<https://www.icij.org/investigations/panama-papers/pages/panama-papers-about-the-investigation/>> (22. 11. 2021).

<sup>865</sup> Op. cit.

2010. Quels sont les facteurs qui ont contribué à une telle diminution? À notre sens, cette évolution s'explique premièrement par la réglementation plus stricte en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, notamment suite aux mesures introduites en matière de transparence des personnes morales<sup>866</sup>. Et deuxièmement, en raison de l'échange automatique d'informations (AIA) introduit par l'OCDE<sup>867</sup> ayant conduit à clôturer ou à régulariser des comptes ouverts dans des juridictions *offshore*.

### Graphique 6<sup>868</sup>

From the Caribbean to the Pacific: tax havens used by Mossack Fonseca



<sup>866</sup> En 2012, lors de la révision des recommandations du GAFI, les dispositions en matière de transparence et de disponibilité d'informations sur les ayants droit économiques et les bénéficiaires effectifs de constructions juridiques ont été renforcées.

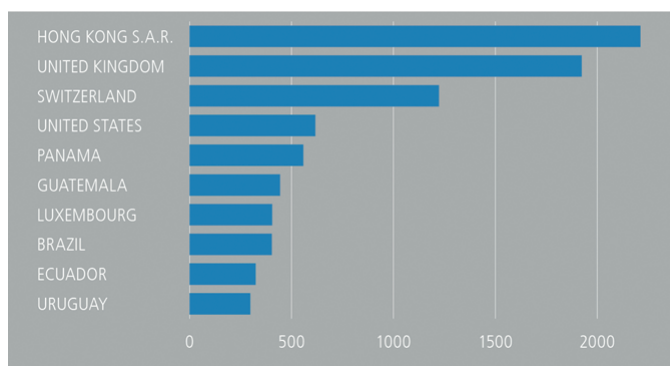
<sup>867</sup> Le 19 avril 2013, les Ministres des Finances du G20 ont approuvé l'échange automatique en tant que nouvelle norme internationale, in: Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), (<[www.oecd.org](http://www.oecd.org)>), consulter à ce titre: <<http://www.oecd.org/fr/ctp/change-de-renseignements-fiscaux/echangeautomatique.htm>> (22. 11. 2021).

<sup>868</sup> «The Panama Papers Key Figures, From the Caribbean to the Pacific: tax havens used by Mossack Fonseca», mis à jour le 31 janvier 2017, in: *International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ)*, (<[www.icij.org](http://www.icij.org)>), consulter à ce titre: <<https://www.icij.org/investigations/panama-papers/explore-panama-papers-key-figures/>> (22. 11. 2021).

Le graphique 7 démontre que les intermédiaires financiers et les entreprises suisses ont entretenu une étroite collaboration avec l'étude d'avocats panaméenne Mossack Fonseca pour créer des sociétés, des fondations et des trusts pour leurs clients dans des juridictions *offshore*, au point d'occuper la troisième place du classement publié par l'ICIJ. Seuls Hong Kong et le Royaume-Uni comptent davantage d'intermédiaires financiers et d'entreprises.

### Graphique 7<sup>869</sup>

Top 10 countries where intermediaries operate



Les raisons de cette classification sont multiples. En premier lieu, la place financière helvétique constitue un centre financier important au niveau mondial. En 2019, les actifs sous gestion s'élevaient à 7893.4 milliards, ce qui correspond à une hausse de 959.8 milliards (+13.8%) par rapport à 2018. En revanche, en 2020, les actifs sous gestion ont subi une légère baisse et s'élevaient à 7878.7 milliards. La part des actifs des clients étrangers s'élevaient à 47.6% en 2019 et à 46.3% en 2020. En second lieu, les établissements bancaires ont une forte dimension internationale du fait des services offerts et de la clientèle étrangère. À la fin 2019 et 2020, les banques géraient environ un quart de la totalité des avoirs sous gestion transfrontalière au niveau mondial. Ceci permet à la Suisse d'occuper la première place dans la gestion de fortune à l'échelle internationale<sup>870</sup>. Il ressort du graphique 8 qu'un établissement bancaire appartenant au groupe Credit Suisse, domicilié aux Iles Anglo-Normandes et une succursale ap-

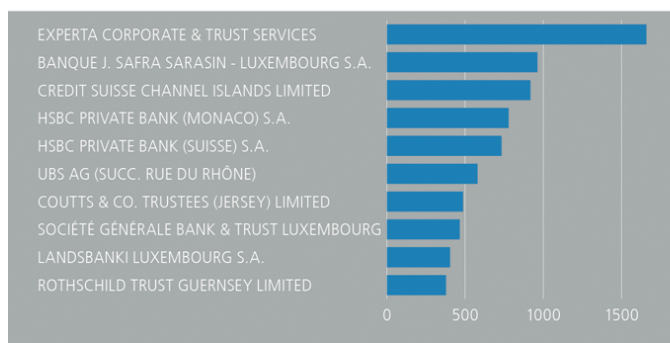
<sup>869</sup> «The Panama Papers Key Figures, Top 10 countries where intermediaries operate», 31 janvier 2017, in: *International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ)*, (<https://www.icij.org/>), consulter à ce titre: (<https://www.icij.org/investigations/panama-papers/explore-panama-papers-key-figures/>) (22.11.2021).

<sup>870</sup> ASB, Le secteur bancaire suisse, in: Association suisse des banquiers (ASB), (<https://www.swissbanking.ch/fr>), consulter à ce titre: (<https://www.swissbanking.ch/de/medien/state-ments-und-medienmitteilungen/bankenbarometer-2020>) et ([https://www.swissbanking.ch/Resourcen/Persistent/b/a/9/c/ba9c3fa5a3a91f375a0ebd77c23c1c5973c2eee9/SBVg\\_Bankenbarometer\\_2021\\_DE.pdf](https://www.swissbanking.ch/Resourcen/Persistent/b/a/9/c/ba9c3fa5a3a91f375a0ebd77c23c1c5973c2eee9/SBVg_Bankenbarometer_2021_DE.pdf)) (22.11.2021).

partenant au groupe UBS, domiciliée à Genève, occupent la troisième et la sixième place dans le classement relatif à la constitution de sociétés de domicile auprès de l'étude Mossack Fonseca.

### Graphique 8<sup>871</sup>

The 10 banks that requested the most offshore companies for clients



En outre, parmi les 214 000 sociétés de domicile *offshore* identifiées dans le cadre de l'affaire des *Panama Papers*, plus de 34 000 sociétés ont été fondées par des intermédiaires financiers suisses<sup>872</sup>. Or, l'ouverture de comptes bancaires et la gestion de valeurs patrimoniales pour des sociétés de domicile, des trusts ou des fondations sont relativement simples. Par ailleurs, ces constructions juridiques permettent de dissimuler l'identité des ayants droit économiques et d'occulter l'origine des valeurs patrimoniales en transférant les fonds en cascade à travers plusieurs structures complexes et plusieurs juridictions<sup>873</sup>. Dans ce contexte, il est intéressant de relever que, selon un rapport récent sur les risques de blanchiment d'argent associés aux personnes morales, les sociétés étrangères représentent un risque de blanchiment d'argent nettement plus élevé que celui résultant des entités juridiques helvétiques. Ce risque se caractérise par l'implication de sommes importantes, la participation aux transactions de personnes politiquement exposées et le recours à des sociétés de domicile constituées dans des juridictions *offshore*<sup>874</sup>.

<sup>871</sup> «Explore the Panama Papers Key Figures, The 10 banks that requested the most *offshore* companies for clients», 31 janvier 2017, in: *International Consortium of Investigative Journalists*, (ICIJ), (<[www.icij.org](http://www.icij.org)>), consulter à ce titre: <<https://www.icij.org/investigations/panama-papers/explore-panama-papers-key-figures/>> (22.11.2021).

<sup>872</sup> Rapport du GCBF sur les personnes morales, novembre 2017, p. 79 et la note de bas de page n° 31.

<sup>873</sup> Rapport du GCBF sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent, p. 64.

<sup>874</sup> Rapport du GCBF sur les personnes morales, novembre 2017, p. 5.

### 2.12.1 Conclusions

Les *Panama Papers* ont révélé à quel point le monde discret des instruments financiers peut être nocif et ils ont renforcé la nécessité de transparence, en particulier en ce qui concerne les réels bénéficiaires effectifs de ces structures<sup>875</sup>. Toutefois ces risques sont connus depuis des années et l'utilisation de véhicules financiers dans des juridictions opaques n'est pas nouvelle. À titre d'exemple, on peut mentionner le Message du Conseil fédéral concernant la loi sur le blanchiment d'argent qui, en lien avec l'identification de l'ayant droit économique, considérait que : «[...] *Les sociétés de domicile sont des sociétés sans activité proprement dite, qui, pour des raisons fiscales, se sont établies dans des lieux avantageux [...]*»<sup>876</sup> Par ailleurs, dans une contribution parue en 1996, PIETH soulignait que la création de sociétés de domicile était simple et rapide et que ces sociétés pouvaient facilement être revendues ou abandonnées. Déjà à l'époque et pour le seul État du Panama, on comptait environ 100 000 sociétés de domicile utilisées à des fins légales et illégales.

Selon PIETH, il s'agissait de «*véritables mines flottantes sur la mer de l'économie mondiale*»<sup>877</sup>. Il s'avère que ces mines ont explosé deux décennies plus tard. GIANNINI soulignait déjà en 2005, dans sa thèse sur les activités des avocats et le blanchiment d'argent, que les sociétés de domicile permettent au bénéficiaire effectif de rester anonyme grâce à l'utilisation d'actions au porteur et du recours à des procurations à titre fiduciaire. En outre, si ces sociétés sont érigées dans des pays ou des territoires où les exigences en matière d'identification, d'échange d'informations et d'entraide judiciaire sont insuffisantes, elles offrent des conditions idéales pour accueillir des avoirs d'origine criminelle dans le circuit financier légal et en dissimuler ainsi l'origine illégale<sup>878</sup>.

Enfin, le critère de risque «*complexité des structures, notamment en cas d'utilisation de sociétés de domicile*» avait été introduit dans l'ordonnance sur le blanchiment d'argent de la FINMA déjà en 2011<sup>879</sup>. Il s'ensuit que le risque de blanchiment d'argent lié à l'utilisation de sociétés de domicile et de structures *offshore*, ainsi que l'implication d'études d'avocats dans la création de telles structures, n'est pas nouveau et il a déjà été adressé par le législateur, l'autorité de surveillance des marchés financiers et la doctrine. Dans ce contexte, l'analyse des risques sur les personnes morales souligne que : «[...] *elles [les sociétés offshore] sont fondées par des intermédiaires comme des fiduciaires, des avocats d'affaires, des banques ou des gérants de*

---

<sup>875</sup> BETZ/PIETH, *Globale Finanzflüsse*, Einleitung, Ziff. A). Par ailleurs, à la suite des *Panama Papers*, l'UE a décidé d'introduire un registre de transparence pour les personnes morales dans la Directive (UE) 2015/849.

<sup>876</sup> Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1081.

<sup>877</sup> PIETH, *Die Praxis der Geldwäscherei*, p. 18.

<sup>878</sup> GIANNINI, p. 44.

<sup>879</sup> Art. 12, al. 2, let. h, OBA-FINMA 2010.

fortune, au nom de clients qui restent anonymes, comme en attestent les nombreuses sociétés que le cabinet d'avocats panaméen Mossack Fonseca a fondées sans même en connaître l'ayant droit économique [...]»<sup>880</sup> La vulnérabilité au blanchiment d'argent dans ce domaine découle du fait que les études d'avocats, les sociétés fiduciaires ou les prestataires de services qui constituent des sociétés *offshore* pour leurs clients ne sont pas assujettis à la LBA et ne doivent de ce fait pas respecter les obligations de diligence. À cela s'ajoute le fait que ces professionnels n'ont pas non plus l'obligation ou le droit de communiquer d'éventuels soupçons de blanchiment d'argent au MROS. Pour les avocats, une telle communication n'est pas possible du fait du secret professionnel ancré à l'art. 321 CP<sup>881</sup>. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a souligné que le secret professionnel des avocats n'était pas intangible et qu'il pouvait être mis en balance avec des impératifs liés à la lutte contre le blanchiment d'argent. Puisque *in casu* les déclarations de soupçons dans le droit français n'intervenaient pas dans le cadre de l'activité professionnelle de l'avocat, mais dans le cadre de son activité de conseil, la CEDH a jugé que l'obligation de déclarer ne violait pas l'art. 8 (protection de la vie privée) de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>882</sup>.

Quelles mesures ont été entreprises suite aux révélations des *Panama Papers*? De nombreux organismes internationaux ont thématiqué les révélations des *Panama Papers*. Toutefois, nous nous limiterons à présenter ci-après les mesures ayant eu un impact sur la Suisse. Le Parlement européen a décidé en juin 2016 de constituer une commission d'investigation, nommée PANA<sup>883</sup>, chargée d'analyser la mise en œuvre du droit européen en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et l'évasion fiscale dans les pays membres ainsi que les pays tiers et de rédiger un rapport final à l'attention du Parlement européen<sup>884</sup>. Les autorités suisses et les représentants du secteur privé ont accueilli en septembre 2017 la Commission PANA<sup>885</sup>. Le rapport publié à la

<sup>880</sup> Rapport du GCBF sur les personnes morales, novembre 2017, p. 8.

<sup>881</sup> MARIANI, L'assujettissement à la LBA des activités de conseil des avocats, p. 6, N 17 et 18.

<sup>882</sup> Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *Michaud contre France* du 6 décembre 2012.

<sup>883</sup> Cf. Rapport de la Commission d'enquête PANA publié sur le site du Parlement européen, in: Parlement européen, (<<https://www.europarl.europa.eu/portal/en>>); consulter à ce titre: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/614619/EPRS\\_ATA\(2017\)614619\\_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/614619/EPRS_ATA(2017)614619_FR.pdf)> (22. 11. 2021).

<sup>884</sup> La Commission d'enquête PANA a terminé son mandat en avril 2018 en publiant un rapport final à l'attention du Parlement européen, *Report on the inquiry into money laundering, tax avoidance and tax evasion (2017/2013(INI))*, du 16 novembre 2017, in: Parlement européen, (<<https://www.europarl.europa.eu/portal/en>>), consulter à ce titre: <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0357\\_FR.html?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0357_FR.html?redirect)> (22. 11. 2021).

<sup>885</sup> Communiqué de presse du DFF du 15 septembre 2017, «Visite en Suisse de la Commission PANA du Parlement européen», in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-68123.html>> (22. 11. 2021).

suite de cette rencontre a principalement identifié les faiblesses suivantes dans le dispositif anti-blanchiment de la Suisse<sup>886</sup> :

- Les mesures *d'enforcement* pour des violations de l'obligation de diligence sont insuffisantes à l'égard des intermédiaires financiers en Suisse.
- La réglementation anti-blanchiment n'est pas suffisamment mise en œuvre par les banques. Elle ne s'applique pas aux prestataires qui créent des structures *offshore*.
- Il est nécessaire de prévoir une base légale permettant aux intermédiaires financiers d'échanger des informations concernant la criminalité financière.

Pour ce qui est de la mise en œuvre insuffisante des obligations de diligence par les banques et les faibles mesures coercitives, cette critique ne semble pas assez différenciée, si l'on considère les mesures qui ont été prises depuis les révélations des *Panama Papers* par les autorités énoncées ci-après<sup>887</sup> :

- **Activités de surveillance de la FINMA** : la FINMA a effectué des clarifications auprès de plus de 30 banques et a approfondi ses investigations pour une vingtaine d'entre elles. Par ailleurs, elle a ouvert une procédure *d'enforcement* à l'encontre de Gazprombank Switzerland Ltd. (ci-après : Gazprombank) qui a été clôturée en février 2018. Cette procédure a démontré que, dans la période comprise entre 2006 et 2016, Gazprombank a gravement violé ses obligations de diligence. En particulier, la banque n'a pas correctement classé ses relations d'affaires, elle n'a pas examiné soigneusement les relations d'affaires et les transactions, elle n'a pas vérifié la plausibilité des documents corroboratifs et elle a omis d'effectuer des communications de soupçons au MROS. La FINMA a nommé, d'une part, un chargé d'audit et, d'autre part, elle a interdit à la banque d'élargir ses activités d'affaires en *private banking* pour une durée limitée dans le temps. Par ailleurs, la banque doit constituer un comité chargé d'évaluer les risques, composé de membres majoritairement indépendants au sein de son conseil d'administration<sup>888</sup>.
- **Ouverture de procédures pénales** : le Ministère public du canton de Genève a ouvert plusieurs procédures pour blanchiment d'argent<sup>889</sup>.

---

<sup>886</sup> PANA, Committee of Inquiry into Money laundering, tax avoidance and tax evasion, Delegation to Bern (Switzerland) 14-15 September 2017, Mission Report, p. 5-6, in : Parlement européen, (<<https://www.europarl.europa.eu/portal/en>>), consulter à ce titre : <[https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/129784/Pana%20Mission%20to%20Switzerland%20-%20Draft%20report\\_final\\_13\\_10\\_2017.pdf](https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/129784/Pana%20Mission%20to%20Switzerland%20-%20Draft%20report_final_13_10_2017.pdf)> (22. 11. 2021).

<sup>887</sup> Rapport du GCBF sur les personnes morales, novembre 2017, p. 102.

<sup>888</sup> Communiqué de presse de la FINMA du 1<sup>er</sup> février 2018, «La FINMA achève la procédure concernant les *Panama Papers* à l'encontre de Gazprombank Suisse», in : Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre : <<https://www.finma.ch/fr/news/2018/02/20180201-mm-gazprombank-schweiz/>> (22. 11. 2021).

<sup>889</sup> Rapport du GCBF sur les personnes morales, novembre 2017, p. 103 à 104.



- **Révision partielle de l'OBA-FINMA 2016**: lorsque des sociétés de domicile sont utilisées, les raisons doivent en être déterminées conformément à l'art. 9a OBA-FINMA 2020<sup>890</sup>. Par ailleurs, les critères de risque relatifs aux structures complexes ont été précisés à l'art. 13, al. 2, let. h, OBA-FINMA 2020<sup>891</sup>.
- **Le projet de révision de la LBA**: l'art. 2, al. 1, let. c, P-LBA 2019<sup>892</sup>, prévoyait d'assujettir à certaines obligations de diligence les conseillers qui, à titre professionnel, préparent ou effectuent pour le compte de tiers des opérations en lien avec une ou plusieurs des activités suivantes: la création, la gestion ou l'administration de sociétés de domicile ayant leur siège en Suisse ou à l'étranger ou des trusts au sens de l'art. 2 de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance<sup>893</sup>; l'organisation de l'apport de fonds en lien avec des telles activités; l'achat ou la vente des sociétés de domicile suisses ou étrangères et des trusts; la fourniture d'une adresse ou de locaux destinés à servir de siège à des sociétés de domicile suisses ou étrangères ou à des trusts; et enfin, le fait de faire office d'actionnaire pour le compte d'une autre personne (*nominee shareholder*<sup>894</sup>). Toutefois, le projet de loi ne prévoyait pas de soumettre les avocats et notaires à l'obligation de communiquer en raison du secret professionnel (art. 321 CP) et l'obligation de se soumettre à une révision par une société d'audit n'était applicable qu'à une partie des conseillers. L'assujettissement à la LBA des avocats, notaires et autres conseillers actifs dans la création de sociétés était très contesté au point que lors des débats parlementaires, tant la Chambre basse que la Chambre haute ont écarté cette proposition du projet de loi du Conseil fédéral<sup>895</sup>. Finalement, la LBA révisée a été adoptée par l'Assemblée fédérale le 19 mars 2021 sans cette disposition controversée<sup>896</sup>.

<sup>890</sup> L'art. 9a OBA-FINMA 2020, prévoit que l'intermédiaire financier doit clarifier les motifs du recours à des sociétés de domicile.

<sup>891</sup> Pour un aperçu de la révision partielle de l'OBA-FINMA, le lecteur est renvoyé à la partie II, titre II, chapitre 9.2.

<sup>892</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341, p. 5341.

<sup>893</sup> Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, conclue à la Haye le 1<sup>er</sup> juillet 1985, entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> juillet 2007 (RS 0.221.371).

<sup>894</sup> Le *nominee shareholder* peut être défini comme un actionnaire désigné qui assume le rôle d'actionnaire d'une société et qui par conséquent agit pour le compte d'une autre personne. Le but étant que le véritable actionnaire ne soit pas dévoilé; cf. partie II, titre II, chapitre 9.

<sup>895</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237; BO N du 2 mars 2020, N 13 à N 20; BO E du 10 septembre 2020, E 734 s.; BO N du 15 décembre 2020, N 2547 ss; BO N du 1<sup>er</sup> mars 2021, N 8 s.

<sup>896</sup> Projet X 2019-0212 I de la Commission de rédaction pour le vote final, Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA), modification du 19 mars 2021, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr>>), consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190044/Texte%20pour%20le%20vote%20final%201%20NS%20F.pdf>> (22. 11. 2021); Modification du 19 mars 2021 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2021 668.

Le fait d'exclure complètement dans le projet de révision de la LBA l'obligation de communiquer pour les avocats qui sont au cœur des révélations des *Panama Papers* revient à nier qu'une partie de la branche a agi sous le couvert du secret professionnel pour aider à dissimuler des valeurs patrimoniales. Les recherches menées par les journalistes du *Tages-Anzeiger* ont démontré que les avocats domiciliés en Suisse et cités dans le cadre des *Panama Papers* ont créé des sociétés *offshore*, tant dans l'exercice de leur activité d'intermédiaire financier que dans le cadre de leur activité professionnelle d'avocat<sup>897</sup>. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'activité typique regroupe la rédaction de projets d'actes juridiques, l'assistance et de la représentation d'une personne devant les autorités administratives ou judiciaires ainsi que l'octroi de conseils juridiques<sup>898</sup>. Dans un arrêt récent, notre Haute Cour a jugé si les pièces relatives aux démarches liées à la constitution de sociétés bénéficiaient de la protection conférée par le secret professionnel de l'avocat ou pas. Dans le cas d'espèce, un avocat et son épouse s'étaient opposés à la levée des scellés apposés sur des documents en lien avec la constitution de 912 sociétés *offshore*. Notre Haute Cour est arrivée à la conclusion que les documents en lien avec la constitution d'une société n'ont généralement pas vocation à rester en mains de l'avocat ou de son client, mais sont transmis aux services administratifs du lieu du siège choisi pour l'entité à créer. Par ailleurs, les recourants n'ont pas démontré en quoi la mise en œuvre de ces formalités de nature principalement administrative nécessiterait les connaissances particulières d'un avocat, notamment des compétences qu'une banque ou une société fiduciaire ne seraient pas à même de leur proposer. Néanmoins, il sied de relever que dans le cas d'espèce, l'avocat avait également le statut de prévenu dans le cadre de l'instruction pénale fiscale à l'origine de la procédure de levée de scellés, ce qui exclut le retrait de documents ou leur anonymisation sur la base du secret professionnel. Toutefois, le Tribunal fédéral a retenu que l'activité de conseil exercée en vue de constituer une société relève sans équivoque d'une activité typique d'un avocat<sup>899</sup>.

Le projet de loi prévoyait une obligation de révision pour les conseillers, mais on s'interroge quant à l'utilité d'une telle obligation qui n'engendre que des coûts supplémentaires sans générer aucune plus-value, dans la mesure où il n'existe aucune

---

<sup>897</sup> Pour ces exemples concrets, voir l'article de presse paru dans le *Tages-Anzeiger* du 6 avril 2016, «Schweizer Anwälte helfen bei heiklen Schattengeschäften», Catherine Boss, Christian Brönnimann und Titus Plattner, in: *Tages-Anzeiger*, consulter à ce titre: 2021).

<sup>898</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_264/2018 du 28 septembre 2018, consid. 2.1; ATF 135 III 410, p. 414; ATF 135 IV 597, p. 601.

<sup>899</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_264/2018 du 28 septembre 2018, faits, let. B et consid. 2.2.

obligation pour les réviseurs de dénoncer des irrégularités à une autorité de contrôle<sup>900</sup>. Certes, il était prévu que la société d'audit fasse une communication si un conseiller ne devait pas s'acquitter de son devoir et que la prestation fournie était liée au blanchiment d'argent ou au financement du terrorisme<sup>901</sup>. Toutefois, afin que le réviseur puisse effectuer une telle communication, il devait avoir *un soupçon fondé* de blanchiment d'argent. Cette condition *sine qua non* nous paraît difficilement applicable dans la pratique, dans la mesure où il n'existe ni un catalogue de critères, ni des précédents pour savoir quand un conseiller serait en présence de soupçons fondés de blanchiment d'argent avant même qu'une transaction financière n'ait eu lieu. Par ailleurs et à la différence de l'avant-projet, il était prévu de soumettre au nouveau régime seulement les activités de conseils liés aux sociétés de domicile suisses et étrangères à l'exclusion des sociétés opérationnelles étrangères. Cette proposition ne nous semble pas tenir compte des résultats de l'analyse effectuée par le GCBF qui arrive à la conclusion que les sociétés étrangères – y compris les sociétés opérationnelles – représentent un risque de blanchiment d'argent nettement plus élevé que celui résultant des entités juridiques helvétiques<sup>902</sup>. Enfin, nous constatons qu'en comparaison avec l'avant-projet, seule l'activité de *nominee shareholder* a été retenue. En revanche, l'activité consistant à aider une autre personne à exercer une telle fonction auprès de sociétés ayant leur siège à l'étranger n'a pas été prise en considération. Cette solution nous semble pragmatique car, il serait difficile de prouver qu'un conseiller «*aide une autre personne à exercer l'activité de nominee shareholder*», d'une part, et, d'autre part, d'appliquer des mesures répressives à son égard. Enfin, le fait d'assujettir à la LBA des opérations ne relevant pas d'une activité d'intermédiation financière aurait représenté un changement de paradigme, car depuis l'entrée en vigueur de la LBA, le 1<sup>er</sup> avril 1998, le point de départ pour l'assujettissement a toujours été l'exercice d'une activité à titre professionnel en qualité d'intermédiaire financier selon l'art. 2, al. 3, LBA, en lien avec l'art. 7 OBA<sup>903</sup>.

<sup>900</sup> Dans le même sens CASSANI, Droit pénal économique, p. 19, N 0.55.

<sup>901</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5256.

<sup>902</sup> Le rapport du GCBF sur les personnes morales, novembre 2017, p. 87 relève que «[...] *Vu que les mesures de transparence prévues par la législation suisse pour les sociétés étrangères sont plus limitées que pour les sociétés suisses, il en résulte que les activités de conseil en Suisse liées à la création de sociétés étrangères (quelles soient opérationnelles ou sociétés de domicile) constituent un risque plus élevé [...]*». Consulter à ce titre aussi le rapport explicatif sur l'avant-projet de la modification de la LBA, p. 9, chap. 1.2.1.2.

<sup>903</sup> Cf. Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5253.

### 2.13 Le *Russian Laundromat*

En mars 2017, un réseau international de journalistes dénommé *The Worldwide Laundromat* a publié le résultat des recherches effectuées sur la base de documents bancaires provenant d'une source anonyme et envoyés à l'*Organized Crime and Corruption Reporting Project (OCCRP)* ainsi qu'au journal russe *Novaya Gazeta*. Les documents analysés ont démontré un système complexe de blanchiment d'argent provenant de Russie et découvert en 2014. L'examen des documents bancaires a relevé que, dans la période allant de 2011 à 2014, plus de 20 milliards USD, issus d'actes corruptifs et du crime organisé russe, auraient transité par la banque moldave *Moldindconbank* et la banque lettonne *Komerbanka* sur des comptes de sociétés de domicile. Ces valeurs patrimoniales auraient ensuite été transférées auprès d'établissements bancaires européens et blanchies sur des comptes au nom de personnes morales et physiques. Par ailleurs, les documents examinés ont démontré que plus de 600 millions USD ont été transférés en Suisse de manière fractionnée sur des comptes bancaires auprès de 45 instituts<sup>904</sup>. Le graphique 9 donne un aperçu du processus de blanchiment d'argent déployé dans l'affaire *Russian Laundromat*.

---

<sup>904</sup> Beobachter, «Geldwäsche: Die Schweiz als Drehscheibe», Sylke Gruhnwald, Otto Hostettler et Alexandra Stark, article actualisé le 20 mars 2017, in: Beobachter, (<[www.beobachter.ch](http://www.beobachter.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.beobachter.ch/laundromat-geldwasche-die-schweiz-als-drehscheibe/>> (22.11.2021).

## Graphique 9<sup>905</sup>

### Le fonctionnement du Russian Laundromat



<sup>905</sup> Organized Crime and Corruption Reporting Project (OCCRP), in: (<<https://www.occrp.org/en>>), consulter à ce titre: (<<https://www.occrp.org/assets/laundromat/laundromat-infographic.png>>), (22.11.2021).

### 2.13.1 Conclusions

Les recherches effectuées par les journalistes ont notamment dévoilé que l'argent transféré en Europe depuis la Lettonie et la Moldavie a transité sur des comptes ouverts au nom de sociétés de domicile auprès de banques, notamment en Suisse. Les conclusions tirées pour l'affaire des *Panama Papers*<sup>906</sup> concernant l'utilisation de structures juridiques pour blanchir de l'argent s'appliquent également au *Russian Laundromat*. À la différence des affaires Marcos, Duvalier et Abacha dans les années quatre-vingt et nonante, les titulaires des comptes ne sont plus des personnes politiquement exposées, mais des personnes appartenant à leur entourage sans lien visible avec ceux-ci. En outre, dans de nombreuses anciennes républiques soviétiques, la lutte contre le blanchiment d'argent est faible, voire inexistante, en raison de structures étatiques défaillantes<sup>907</sup>.

Selon les recherches effectuées par les journalistes, un mécanisme typique pour blanchir de l'argent a été employé, à savoir l'utilisation de contrats parfois insolites, sans véritable logique économique ou commerciale, conclus entre deux ou plusieurs entités juridiques en règle générale domiciliées dans des juridictions *offshore*. Ces contrats de plusieurs dizaines de pages ont servi de pièces justificatives afin de corroborer les flux transactionnels auprès des établissements bancaires et comportent souvent des clauses incompréhensibles. Dans ce contexte, des tels contrats fictifs peuvent-ils être détectés par les divisions *Compliance* des banques ? À notre sens, il existe des constellations complexes où il peut s'avérer difficile de saisir le véritable sens de certaines transactions. Cela peut être le cas lorsque l'on est en présence de contrats conclus dans le cadre d'une *joint-venture*, contenant des clauses complexes. C'est en outre le cas pour des contrats prévoyant le paiement de dividendes ou impliquant des prêts entre des sociétés opérationnelles actives dans des domaines régaliens, comme la fourniture d'électricité ou de pétrole, dans des pays émergents et faisant partie du même groupe. Or, dans des telles circonstances et lorsque l'on est en présence de transactions à risque accru impliquant des sommes importantes, il est primordial que la banque procède à une véritable analyse des informations reçues par son client. Elle doit notamment faire recours à des prestataires externes pour obtenir un deuxième avis ou clarifier des points peu clairs (enquêtes et avis juridiques externes, consultation de banques de données spécialisées en matière de blanchiment d'argent, etc.). Par ailleurs, suivant les circonstances du cas d'espèce, la banque ne peut pas se fier complètement à l'avis des prestataires externes, mais doit tirer ses propres conclusions et approfondir l'analyse si nécessaire en vérifiant si l'origine et la source des fonds peuvent être plausibili-

---

<sup>906</sup> Cf. partie II, titre I, chapitre 2.12.1.

<sup>907</sup> Beobachter, «Geldwäsche: Die Schweiz als Drehscheibe», Sylke Gruhnwald, Otto Hostettler et Alexandra Stark, interview avec Daniel Thelesklaf, article actualisé le 20 mars 2017, in: Beobachter. (<[www.beobachter.ch](http://www.beobachter.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.beobachter.ch/laundromat-geldwasche-die-schweiz-als-drehscheibe#>> (22. 11. 2021).

sées. Le cas échéant, elle doit requérir des compléments d'information directement auprès du client. Dans ces constellations, une analyse superficielle de la documentation remise par les clients n'est pas suffisante et peut se révéler fatale, dans la mesure où toutes les transactions futures et similaires vont en règle générale être plausibilisées sur la base des transactions survenues dans le passé et validées sur la base d'informations qui n'ont pas fait l'objet d'une véritable analyse ni d'une corroboration suffisante.

Jusqu'à ce jour, il n'y a eu aucun communiqué de presse du MPC ou de la FINMA annonçant l'ouverture d'investigations ou d'une procédure pénale ou administrative dans l'affaire *Russian Laundromat*.

## 2.14 L'affaire Danske Bank

L'affaire Danske Bank compte parmi les affaires de blanchiment d'argent européennes les plus importantes des dernières années. En mars 2017, le journal danois Berlingske et l'organisation de journalistes OCCRP ainsi que d'autres médias ont révélé que la filiale estonienne du groupe danois Danske Bank avait été utilisée durant des années pour transférer des sommes importantes d'argent sans que ni les clients ni les transactions en question fassent l'objet de contrôles du point de vue du respect des obligations de diligence en matière de lutte contre le blanchiment d'argent<sup>908</sup>. En septembre 2018, le groupe Danske Bank a publié les résultats d'une enquête interne<sup>909</sup> menée sur sa filiale estonienne par l'étude d'avocats Bruun & Hjejle. Si cette approche doit en principe être saluée, car elle permet de clarifier les faits dénoncés, elle suscite des questions quant à l'indépendance de l'étude réalisée étant donné qu'elle a été mandatée par le groupe étant à l'épicentre de l'affaire de blanchiment d'argent dénoncée par les médias. Il s'ensuit que le lecteur pourrait être sceptique quant à l'évaluation de certains faits ou aspects. Toutefois, le groupe Danske Bank a un intérêt propre à élucider les faits du passé, afin de pouvoir entreprendre les mesures nécessaires et regagner la confiance du gouvernement et du public.

Néanmoins, le rapport se révèle convaincant, tant par les informations pertinentes qu'il renferme que par les nombreuses analyses effectuées et illustrées par des graphiques. Malgré le fait que l'ampleur précise des sommes d'argent qui ont été blanchies ne peut pas être estimée, l'étude mentionne des chiffres intéressants: ainsi, la fi-

---

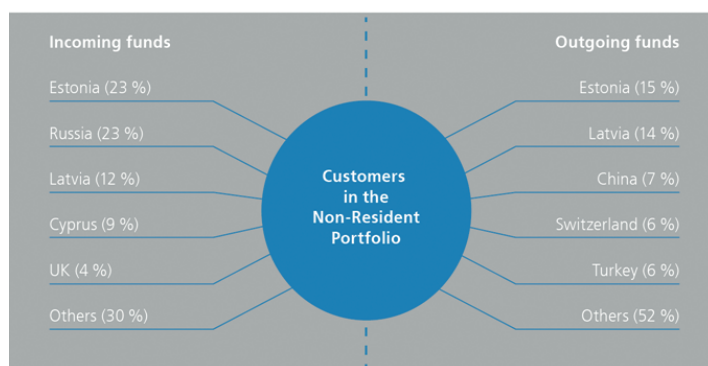
<sup>908</sup> Berlingske, «An overview of the Danske money laundering scandal», Michael Lund, Simon Bendtsen, Eva Jung, 24 août 2018, in: Berlingske, (<[www.berlingske.dk](http://www.berlingske.dk)>), consulter à ce titre: <<https://www.berlingske.dk/virksomheder/an-overview-of-the-danske-bank-money-laundring-scandal>> (22.11.2021).

<sup>909</sup> Communiqué de presse, Danske Bank, 19 septembre 2018, «Findings of the investigation relating to Danske Bank's branch in Estonia», in: Danske Bank, (<<https://danskebank.com/>>), consulter à ce titre: <<https://danskebank.com/news-and-insights/news-archive/press-releases/2018/pr19092018>> (22.11.2021).

liale estonienne du groupe Danske Bank aurait effectué 9.5 millions de transactions au nom de 15 000 clients étrangers pour un total d'avoir sous gestion s'élevant à 200 milliards d'euros<sup>910</sup>. Il est particulièrement intéressant de constater que, selon le graphique 10, 6% de ces flux monétaires sont arrivés en Suisse. Cependant, on ignore si ces flux monétaires ont quitté la Suisse vers un pays tiers ou, au contraire, s'ils sont retournés dans les pays de l'Est. Dans les deux hypothèses, il est possible que la Suisse ait été utilisée comme pays de passage pour blanchir les fonds liés à l'affaire Danske Bank. La seule autorité qui, en raison de sa fonction, pourrait envisager de faire une analyse des flux monétaires est le MROS qui reçoit toutes les communications de soupçons effectuées par les intermédiaires financiers.

### Graphique 10<sup>911</sup>

**The geographical distribution of the flow of EUR 200 billion is illustrated below:**



Le rapport de l'étude Bruun & Hjejle relève notamment que les titulaires de comptes auprès de la filiale estonienne du groupe Danske Bank étaient majoritairement des personnes morales<sup>912</sup>. Par conséquent, les flux monétaires ont transité par des sociétés. Dans ce contexte, les analyses des risques suisses de blanchiment d'argent associés aux personnes morales et à la corruption, publiées en novembre 2017 et en avril 2019<sup>913</sup>, ont révélé que l'une des principales caractéristiques des procédés criminels

<sup>910</sup> BRUUN & HJEJLE, Report on the Non-Resident Portfolio at Danske Bank's Estonian branch, septembre 2018, p. 6 et 29.

<sup>911</sup> BRUUN & HJEJLE, Report on the Non-Resident Portfolio at Danske Bank's Estonian branch, septembre 2018, p. 29.

<sup>912</sup> BRUUN & HJEJLE, Report on the Non-Resident Portfolio at Danske Bank's Estonian branch, septembre 2018, p. 23. À titre d'exemple, en 2012 la filiale estonienne de Danske Bank détenait 3 000 relations d'affaires avec des personnes morales contre moins de 1 000 relations d'affaires avec des personnes physiques.

<sup>913</sup> Rapport du GCBF sur les personnes morales, novembre 2017; Rapport du GCBF sur la corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent, 1<sup>er</sup> avril 2019.



visant à blanchir les revenus d'activités corruptives est bel et bien le recours à des personnes morales<sup>914</sup>.

Au vu de ce qui précède, on peut déduire que pour faire transiter les flux monétaires par la Suisse, les criminels ont probablement utilisé des comptes ouverts au nom de sociétés de domicile ou de sociétés opérationnelles auprès d'établissements bancaires helvétiques. Or, détecter des opérations suspectes lors de l'utilisation de sociétés commerciales s'avère être une tâche complexe pour les intermédiaires financiers, car les limites transactionnelles sont souvent plus élevées du fait qu'il s'agit de *corporate clients*. En outre, en présence d'une activité commerciale plausible, corroborée par des factures et des contrats justifiant les transactions passées, il n'est pas évident de reconnaître des anomalies ou des opérations suspectes déclenchant une communication de soupçons au MROS.

Enfin, l'Autorité bancaire européenne (ABE) a clôturé une enquête formelle sur une possible violation du droit de l'Union européenne par les autorités estonienne (Finantspektsioon) et danoise (Finanstilsynet) des services financiers en relation avec les activités de blanchiment d'argent de Danske Bank et de sa succursale estonienne en particulier<sup>915</sup>. Cette décision a soulevé des interrogations auprès de parlementaires européens et a initié un débat sur la création d'une autorité de surveillance européenne unique en matière de lutte contre le blanchiment d'argent<sup>916</sup>.

De son côté, la FINMA a déclaré en avril 2019 vouloir examiner les flux monétaires ayant transité par la Suisse dans le cadre de l'affaire Danske Bank<sup>917</sup>. Toutefois,

---

<sup>914</sup> Rapport du GCBF sur la corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent, 1<sup>er</sup> avril 2019, p. 3 à 4.

<sup>915</sup> Cf. Communiqué de presse de l'ABE du 17 avril 2019, «EBA closes investigation into possible breach of Union law by the Danish and Estonian supervisory authorities», in: European Banking Authority, (<<https://www.eba.europa.eu/>>), consulter à ce titre: <<https://eba.europa.eu/eba-closes-investigation-into-possible-breach-of-union-law-by-the-danish-and-estonian-supervisory-authorities/>>, (22.11.2021).

<sup>916</sup> Cf. le communiqué de presse du Financial Times du 28 avril 2019, «EBA faces call to reform after dropping Danske Bank probe», in: Financial Times, (<[www.ft.com](http://www.ft.com)>), consulter à ce titre: <<https://www.ft.com/content/377f4b60-698f-11e9-80c7-60ee53e6681d>>, (22.11.2021).

<sup>917</sup> Cf. différents articles de presse parus suite à la conférence de presse annuelle de la FINMA: La Tribune de Genève, «Plusieurs banques dans le viseur de la Finma», 4 avril 2019, in: Tribune de Genève, (<[www.tdg.ch](http://www.tdg.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.tdg.ch/economie/plu-sieurs-banques-viseur-finma/story/31851495>> (22.11.2021); Handelszeitung, «Finma warnt vor einer Blase bei Mehrfamilienhäusern», Danske Bank-Fall, 4 avril 2019, in: Handelszeitung, (<[www.handelszeitung.ch](http://www.handelszeitung.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.handelszeitung.ch/konjunktur/finma-warnt-vor-einer-blase-bei-mehrfamilienhausern/#>> (22.11.2021) et Thomson Reuters, «Schweizer Finanzaufsicht prüft Geldströme aus Danske-Skandal», 4 avril 2019, in: Thomas Reuters, (<<https://www.reuters.com/>>), consulter à ce titre: <<https://www.reuters.com/article/schweiz-banken-aufsicht-idDEKCN1RG10A>> (22.11.2021).

jusqu'à la finalisation de notre contribution, ni la FINMA ni le MPC n'ont publié de communiqués de presse dans cette affaire.

Ci-après, nous nous attacherons à reproduire les faits les plus importants<sup>918</sup> qui ressortent du rapport publié par l'étude d'avocats Bruun & Hjejle sur la filiale estonienne de Danske Bank<sup>919</sup>:

- En 2007, la filiale estonienne de Danske Bank a acquis la banque finlandaise Sampo Bank et a repris un portefeuille de clients non-résidents en Estonie. En outre, la Danske Bank n'a pas donné suite à un rapport critique de l'*Estonian Financial Supervision Authority (FSA)* et à un courrier de la Banque centrale de Russie faisant état de soupçons de blanchiment. Enfin, la plate-forme informatique de la filiale estonienne n'était pas reliée à celle du groupe et n'opérait pas avec le même système de surveillance des transactions.
- En 2013, une banque correspondante qui effectuait des opérations en USD pour la filiale estonienne a mis un terme à la relation d'affaires pour des raisons de lutte contre le blanchiment d'argent. Cet événement n'a pas déclenché de contrôles supplémentaires par l'audit interne.
- Début 2014, un *whistleblower* a rapporté ces faits à l'audit interne. Toutefois, la banque a considéré que les faits relatés s'étaient déroulés dans le passé et que des mesures de remédiation suffisantes avaient été entreprises depuis. Par la suite, il s'est avéré que les révélations faites par le *whistleblower* n'ont pas été dûment examinées.
- Alors que, au début 2015, le conseil d'administration avait décidé de mettre fin à des relations d'affaires avec des clients qui n'étaient pas domiciliés en Estonie et n'avaient aucune raison légitime d'entretenir une relation d'affaires dans les pays baltes, la filiale estonienne n'y a pas donné suite. C'est seulement en réponse aux faits relatés par la presse en 2017 que le groupe a examiné ces clients.

### 2.14.1 Conclusions

Le graphique 11 démontre qu'il existait des indices que Danske Bank aurait dû prendre en considération déjà en 2014.

---

<sup>918</sup> Consulter à ce propos l'interview du Professeur CARLO LOMBARDINI, publiée dans Le Temps le 21 octobre 2018, « Scandale Danske Bank: les affaires rentables doivent susciter de la curiosité », in: Le Temps, (<[www.letemps.ch](http://www.letemps.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.letemps.ch/economie/scandale-danske-bank-affaires-rentables-doivent-susciter-curiosite>> (22.11.2021).

<sup>919</sup> BRUUN & HJEJLE, Report on the Non-Resident Portfolio at Danske Bank's Estonian branch, septembre 2018, p. 3 à 10.

Graphique 11<sup>920</sup>

## Manquements identifiés par l'audit interne du groupe Danske Bank, par la société d'audit externe et la FSA en 2014

Obligations for a financial institution	AML failings re the Non-Resident Portfolio
<b>Due diligence measures.</b> Identify and verify the customer (and (ultimate) beneficial owners where applicable) and obtain information on the purpose and nature of the business relationship	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Lacking knowledge of customers</li> <li>• Lacking identification of (ultimate) beneficial owners and "controlling interests"</li> <li>• Customers included so-called intermediaries, which were unregulated and represented unknown end-customers</li> </ul>
<b>Monitoring of transactions and screening.</b> Scrutiny of transactions to ensure that the transactions are consistent with the information on the customer and the business and risk profile	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Insufficient attention to customer activities</li> <li>• Lacking identification of the source and origin of funds used in transactions</li> <li>• No screening of customers against lists of politically exposed persons</li> <li>• No screening of incoming payments against sanctions or terror lists</li> <li>• In general, no automatic screening of incoming payments</li> </ul>
<b>Reporting.</b> Notification to authorities in case of reasonable grounds to suspect money laundering	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Lack of response to suspicious customers and transactions</li> </ul>

Force est de constater que, malgré les manquements listés dans le graphique 11, que l'on peut qualifier de graves du point de vue de la lutte contre le blanchiment d'argent, le groupe a retenu que les défaillances concernaient des faits qui s'étaient déroulés dans le passé et n'a pas entrepris des mesures pour y remédier. Quel rôle les instances de contrôle au sein du groupe ont-elles joué? Quelles informations ont été transmises aux instances hiérarchiques supérieures? Autrement dit, la société mère a-t-elle reçu un *reporting* contenant des informations quantitatives et qualitatives suffisantes en relation avec les clients à risque accru de la filiale estonienne?

Les rapports relatifs à la filiale estonienne présentés aux différentes instances de la banque et du groupe étaient insuffisants, comme le démontre un résumé sous forme tabellaire contenant les informations transmises aux membres de l'*Executive Board*, de l'*Audit Committee* et du *Board of Director*<sup>921</sup>. Il ressort de ce tableau que les diffé-

<sup>920</sup> BRUUN & HJEJLE, Report on the Non-Resident Portfolio at Danske Bank's Estonian branch, septembre 2018, p. 27.

<sup>921</sup> BRUUN & HJEJLE, Report on the Non-Resident Portfolio at Danske Bank's Estonian branch, septembre 2018, p. 64 à 67.

rentes instances du groupe ont reçu des informations que l'on peut qualifier de générales et abstraites. À titre d'exemple, en octobre 2014 l'*Executive Board* et l'*Audit Committee* ont été informés que: «[...] [t]he allegations made by the whistleblower have all been investigated [...]» sans toutefois que les résultats de l'investigation menée ni l'évaluation de cette dernière soient détaillés<sup>922</sup>. Par ailleurs, l'*Executive Board*, l'*Audit Committee* et le *Board of Directors* n'ont pas reçu le projet du rapport, ni le rapport final datant d'avril 2014 des consultants externes ayant identifié 17 lacunes critiques auprès de la filiale estonienne de la Danske Bank. Dans ce contexte, le *Board of Directors* a été informé que du fait que la filiale estonienne: «[...] <do not have as many low impact issues as some of the peers>, but <the critical gaps ... are greater> [...] <initiated activities to deal with the specific findings from Group Internal Audit> [...]»<sup>923</sup>, sans toutefois que les lacunes identifiées soient précisées ou que des mesures de remédiation soient explicitées.

Il s'ensuit que les instances de contrôle n'ont pas été pleinement et correctement informées des graves défaillances de la filiale estonienne, puisqu'elles n'ont reçu que des informations générales ne faisant pas état de la situation réelle. Toutefois, elles auraient pu faire preuve de plus d'intérêt et réclamer des informations plus détaillées. Ainsi, il n'est pas compréhensible que ni l'audit interne, ni la direction, ni le conseil d'administration du groupe n'aient réclamé un résumé du rapport des consultants externes de 2014 faisant état de 17 lacunes grave. Enfin, il existait d'autres signaux d'alerte que le groupe aurait dû prendre en considération et évaluer. À titre d'exemple, on peut mentionner le courrier de la Banque centrale de Russie ou la cessation de la relation de banque correspondante pour des motifs de blanchiment d'argent. À notre sens, l'affaire Danske Bank a démontré à quel point l'échange régulier d'informations tant qualitatives que quantitatives entre les filiales et les succursales d'un groupe est primordial. La forte augmentation du nombre des relations d'affaires auprès de la filiale estonienne des clients non-résidents aurait dû susciter la curiosité de la direction et du conseil d'administration. En particulier, ils auraient dû demander plus de renseignements, ce qui de toute évidence n'a pas été le cas. Au vu de ce qui précède, les mesures réglementaires helvétiques en relation avec la gestion globale des risques juridiques et de réputation sont justifiées<sup>924</sup>.

S'agissant du cadre législatif européen, l'ABE a publié un rapport expliquant comment celui-ci devrait être étendu pour combler les vulnérabilités dues aux approches et aux cadres législatifs nationaux divergents des États membres en matière de lutte

---

<sup>922</sup> BRUUN & HJEJLE, Report on the Non-Resident Portfolio at Danske Bank's Estonian branch, septembre 2018, p. 64.

<sup>923</sup> BRUUN & HJEJLE, Report on the Non-Resident Portfolio at Danske Bank's Estonian branch, septembre 2018, p. 65.

<sup>924</sup> Le lecteur est renvoyé aux affaires internationales de corruption dans la partie II, titre I, chapitre 2.11.5.

contre le blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. Concrètement, l'ABE a recommandé à la Commission européenne d'établir une réglementation directement applicable dans certains domaines, notamment en ce qui concerne les obligations de diligence à l'égard de la clientèle, les systèmes de contrôles, l'analyse des risques, l'*enforcement* et la coopération nationale<sup>925</sup>. Le 20 juillet 2021, la Commission européenne a présenté ses nouvelles propositions législatives sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme comportant quatre volets législatifs<sup>926</sup>: Elle propose d'ériger un nouveau règlement<sup>927</sup> en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme avec un noyau dur de dispositions directement applicables aux États-membres. Par ailleurs, elle propose de créer une nouvelle Autorité européenne de lutte contre le blanchiment d'argent (AMLA)<sup>928</sup>, dotée de pouvoirs de surveillance directe. Ensuite, elle propose de transférer dans une nouvelle directive<sup>929</sup> les dispositions de la Directive UE 2015/849 qui ne peuvent pas être transposées dans un règlement directement applicable. Enfin, il est prévu de mettre à jour

---

<sup>925</sup> Cf. le communiqué de presse de l'ABE du 10 septembre 2020, «EBA calls on the EU Commission to establish a single rulebook on fighting money laundering and terrorist financing», in: European Banking Authority, (<<https://www.eba.europa.eu/>>), consulter à ce titre: <<https://www.eba.europa.eu/eba-calls-eu-commission-establish-single-rulebook-fighting-money-laundering-and-terrorist-financing>>, (22.11.2021); L'ABE recommande à la Commission européenne de prendre les mesures suivantes: 1) harmoniser le cadre juridique de l'UE afin de réduire les risques dus à des approches divergentes dans la transposition de la législation européenne en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le droit national; 2) prévoir un échange permanent entre les autorités nationales de surveillance et un superviseur au niveau de l'UE; 3) compléter ces mesures par une surveillance au niveau de l'UE.

<sup>926</sup> Communication de la Commission sur un plan d'action pour une politique globale de l'Union en matière de prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme 2020/C 164/06, JO C 15 mai 2020, p. 21 à 33.

<sup>927</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering or terrorist financing du 20 juillet 2021, in: EUR-Lex/Législation de l'Union européenne (<<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>>), consulter à ce titre: <[https://ec.europa.eu/finance/docs/law/210720-proposal-aml-cft\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/finance/docs/law/210720-proposal-aml-cft_en.pdf)> (22.11.2021).

<sup>928</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the Authority for Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism and amending Regulations (EU) No 1093/2010, (EU) 1094/2010, (EU) 1095/2010 du 20 juillet 2021, in: EUR-Lex/Législation de l'Union européenne (<<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>>), consulter à ce titre: <[https://ec.europa.eu/finance/docs/law/210720-proposal-aml-cft-authority\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/finance/docs/law/210720-proposal-aml-cft-authority_en.pdf)> (22.11.2021).

<sup>929</sup> Directive of the European Parliament and of the Council on the mechanism to be put in place by the Member States for the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering or terrorist financing and repealing Directive (EU) 2015/849, du 20 juillet 2021, in: EUR-Lex/Législation de l'Union européenne (<<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>>), consulter à ce titre: <[https://ec.europa.eu/finance/docs/law/210720-proposal-aml6\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/finance/docs/law/210720-proposal-aml6_en.pdf)> (22.11.2021).

le règlement sur les transferts de fonds, afin d'y insérer les nouvelles dispositions en matière de cryptomonnaies<sup>930</sup>.

## 2.15 Les révélations des *Luanda Leaks*

En janvier 2020, les médias ont relaté les résultats d'une enquête menée par l'ICIJ en collaboration avec plus de 120 partenaires au sujet de montages financiers mis en place par Isabel dos Santos, fille du président angolais José Eduardo dos Santos entre 1979 et 2017, pour détourner des fonds de sociétés publiques de l'Angola<sup>931</sup>. Les *Luanda Leaks*, qui prennent leur nom de la capitale angolaise Luanda, dénoncent qu'Isabel dos Santos et son mari auraient détourné des fonds, notamment vers le Portugal<sup>932</sup>. Par ailleurs, des traces mènent également en Suisse. Les documents dévoilés par l'ICIJ démontrent qu'en 2011 l'entreprise horlogère et de joaillerie genevoise De Grisogono était sur le point de faire faillite avant d'être rachetée par la société étatique angolaise Sodiam dont Sindika Dokolo, le mari d'Isabel dos Santos, était l'actionnaire principal. Par ailleurs, d'autres fonds étatiques d'une valeur de 140 millions USD furent investis dans l'entreprise de joaillerie qui, en 2015, a enregistré des pertes de plus de 20 millions USD. Les documents des *Luanda Leaks* démontrent que Sindika Dokolo détenait la moitié de la société De Grisogono par le biais d'une société holding sise à Zoug en Suisse. En 2006, Sonangol acheta des parts de la société énergétique portugaise GALP et obtint des bénéfices considérables. À la fin de 2006, la société holding de Sindika Dokolo acheta par le biais d'une société fille néerlandaise

---

<sup>930</sup> Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on information accompanying transfers of funds and certain crypto-assets (recast) du 20 juillet 2021, in: EUR-Lex/Législation de l'Union européenne (<<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>>), consulter à ce titre: <[https://ec.europa.eu/finance/docs/law/210720-proposal-funds-transfers\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/finance/docs/law/210720-proposal-funds-transfers_en.pdf)> (22.11.2021).

<sup>931</sup> «Luanda Leaks: How Africa's richest woman exploited family ties, shell companies and inside deals to build an empire», 19 janvier 2020, in: *International Consortium of Investigative Journalists* (ICIJ), (<<https://www.icij.org/>>), consulter à ce titre: <[https://www.icij.org/investigations/luanda-leaks/how-africas-richest-woman-exploited-family-ties-shell-companies-and-inside-deals-to-build-an-empire/?gclid=EAIaIQobChMIhcvls-Ow5wIV0OR3Ch3gIgkSEAYASAAEgIEM\\_D\\_BwE](https://www.icij.org/investigations/luanda-leaks/how-africas-richest-woman-exploited-family-ties-shell-companies-and-inside-deals-to-build-an-empire/?gclid=EAIaIQobChMIhcvls-Ow5wIV0OR3Ch3gIgkSEAYASAAEgIEM_D_BwE)> (22.11.2021).

<sup>932</sup> Cf. différents articles de presse publiés à la suite des révélations par l'ICIJ, *Süddeutsche Zeitung*, Nicolas Richter, Tobias Zick, «Sieben Fragen und Antworten zu den Luanda Leaks», 27 janvier 2020, in: *Süddeutsche Zeitung*, (<[www.sueddeutsche.de](http://www.sueddeutsche.de)>), consulter à ce titre: <<https://www.sueddeutsche.de/politik/luanda-leaks-isabel-dos-santos-angola-1.4762427>> (22.11.2021); *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Philip Plickert, ««Prinzessin» von Angola kaufte auch in Deutschland ein», 20 janvier 2020, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, (<<https://www.faz.net/aktuell/>>), consulter à ce titre: <<https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/korruptionsfall-isabel-dos-santos-kaufte-auch-in-deutschland-ein-16591386.html>> (22.11.2021); *Tages-Anzeiger*, Christian Brönnimann, «Wegschauen aus Prinzip», 22 janvier 2020, in: *Tages-Anzeiger*, (<<https://www.tagesanzeiger.ch/>>), consulter à ce titre: <<https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standardwegschauen-aus-prinzip/story/27261862>> (22.11.2021).

40% des actions la société pétrolière Sonangol. Il ressort de la documentation des *Luanda Leaks* qu'un avocat suisse domicilié à Zoug était le président du conseil d'administration de ladite société holding. Comment Sindika Dokolo a-t-il pu acquérir 40% des parts actions de la société pétrolière étatique Sonangol? Les révélations des *Luanda Leaks* montrent que la société Sonangol a converti le prix d'achat des actions en un emprunt que Sindika Dokolo n'aurait pas remboursé durant plus de dix ans. Quand Isabel dos Santos est devenue *Chief executive officer (CEO)* de la société Sonangol, elle aurait signé un accord permettant à son mari de bénéficier de conditions de remboursements favorables. Le remboursement du prêt n'aurait pas eu lieu en euros comme cela était pourtant prévu par le contrat d'emprunt, mais dans la devise angolaise Kwanza. Grâce au taux de change favorable, Sindika Dokolo aurait profité d'un rabais de 10 millions d'euros sur la somme à rembourser. Avec l'élection du nouveau président Joao Lourenço, Isabel dos Santos a été remplacée à la tête de Sonangol et les paiements de son mari en devise angolaise ont été refusés. Depuis lors, les avoirs de Isabel dos Santos et de son mari ont été gelés par les autorités angolaises<sup>933</sup>.

### 2.15.1 Conclusions

Les *Luanda Leaks* présentent des similitudes avec les *Panama Papers*, dans la mesure où les opérations auraient été effectuées par des constructions juridiques avec l'aide de conseillers. Or, ces opérations de conseil ne sont pas assujetties à la LBA. Le projet de loi du Conseil fédéral prévoyait d'assujettir certaines opérations de conseil à la LBA, mais cette mesure a aussi bien été rejetée par la Chambre basse que la Chambre haute<sup>934</sup>. Les faits révélés par les *Luanda Leaks* sont particulièrement révoltants si l'on considère qu'en Angola un tiers des citoyens vit avec moins de 2 dollars américains par jour<sup>935</sup>. Dans le cadre de l'Angola, la FINMA a ouvert en février 2020 une procédure d'*enforcement* à l'encontre de la Banque SYZ, en raison d'indices de violation des dispositions de diligence. Ces indices concernaient une relation d'affaires importante avec un client venant d'Angola. La FINMA a clôturé ses investigations par une décision de constatation à la fin septembre 2020. Elle est arrivée à la conclusion que la banque n'avait pas suffisamment clarifié l'évolution considérable de la fortune de ce client ni vérifié les indices en présence, bien que le client ait été identifié comme proche d'une personne politiquement exposée et que la relation d'affaires avait été

<sup>933</sup> Cf. Tages-Anzeiger, Christian Brönnimann, «Wegschauen aus Prinzip», 22 janvier 2020, in: Tages-Anzeiger, (<<https://www.tagesanzeiger.ch/>>), consulter à ce titre: <<https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standardwegschauen-aus-prinzip/story/27261862>> (22. 11. 2021).

<sup>934</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237; BO N du 2 mars 2020, N 13 à N 20; BO E du 10 septembre 2020, E 734 s.; BO N du 15 décembre 2020, N 2547 s.; BO N du 1<sup>er</sup> mars 2021, N 8 s.

<sup>935</sup> NZZ, Ruth Fulterer, «Die Korruption in Angola ist ein Paradebeispiel für globale Geldwäschesysteme», 24 janvier 2020, in: Neue Zürcher Zeitung (NZZ), (<[www.nzz.ch](http://www.nzz.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.nzz.ch/international/isabel-dos-santos-korruption-und-globale-geldwaeschesysteme-ld.1535493>> (22. 11. 2021).



traitée conformément à ce statut. De plus, la banque n'avait pas suffisamment clarifié les transactions de ce client comportant des risques accrus, alors qu'elles atteignaient parfois des dizaines de millions de francs<sup>936</sup>.

## 2.16 Les révélations des *FinCEN Files*

En septembre 2020, les médias ont relaté les résultats des recherches menées par l'ICIJ sur la base d'informations reçues par BuzzFeed News. Les recherches menées portent sur 2100 communications de soupçons de blanchiment d'argent effectuées par des banques domiciliées aux États-Unis, principalement durant la période comprise entre 1999 et 2017, auprès de FinCEN qui est la *Financial Intelligence Unit* aux États-Unis. Les communications de soupçons analysées ont relevé que des clients établis dans plus de 170 pays et territoires ont été impliqués dans des opérations suspectes<sup>937</sup>. Les communications de soupçons, ayant fait l'objet d'une fuite, avaient été requises par le Congrès des États-Unis dans le cadre de l'enquête sur l'ingérence russe dans les élections présidentielles américaines de 2016. Certaines banques domiciliées en Suisse<sup>938</sup> sont citées dans le cadre de transactions effectuées en USD par le biais de banques correspondantes aux États-Unis<sup>939</sup>. Dans ce contexte, il est important de préciser que le fait que les banques correspondantes aux États-Unis aient effectué des communications ne signifie pas que les valeurs patrimoniales impliquées soient forcément incriminées. Ces banques ont communiqué des *soupçons* de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme. Enfin, comme nous l'avons relevé dans l'étude de droit comparé, la législation états-unienne prévoit des seuils fixes à partir desquels des communications de soupçons sont automatiquement déclenchées par les banques<sup>940</sup>.

---

<sup>936</sup> Communiqué de presse de la FINMA du 24 septembre 2020, «La FINMA blâme Banque Syz en raison de manquements en matière de lutte contre le blanchiment d'argent», in : Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre : <<https://www.finma.ch/fr/news/2020/09/20200923-mm-syz/>> (22.11.2021).

<sup>937</sup> «Global banks defy U.S. crackdowns by serving oligarchs, criminals and terrorists», 20 septembre 2020, in : *International Consortium of Investigative Journalists* (ICIJ), (<<https://www.icij.org/>>), consulter à ce titre : <<https://www.icij.org/investigations/fincen-files/global-banks-defy-u-s-crackdowns-by-serving-oligarchs-criminals-and-terrorists/>> (22.11.2021).

<sup>938</sup> Il s'agit notamment des banques suivantes : Credit Suisse, CBH, EFG, Société Générale, Bank Julius Bär, Falcon Private Bank, Safra Safrasin, Gazprombank Switzerland SA. Les transactions des banques impliquées peuvent être recherchées sur le site Internet de ICIJ, in : (<[www.icij.org](http://www.icij.org)>), consulter à ce titre : <<https://www.icij.org/investigations/fincen-files/download-fincen-files-transaction-data/>> (22.11.2021).

<sup>939</sup> Tages-Anzeiger, Christian Brönnimann, Oliver Zihlmann, «Was Sie zum neuen Datenleck Fincen Files wissen müssen», 20 septembre 2020, in : Tages-Anzeiger, (<<https://www.tagesanzeiger.ch/>>), consulter à ce titre : <<https://www.tagesanzeiger.ch/was-sie-zum-neuen-datenleck-fincen-files-wissen-muessen-548039927522/>> (22.11.2021).

<sup>940</sup> Cf. partie I, titre III, chapitre 7.1.3 relatif à l'étude de droit comparé.



### 2.16.1 Conclusions

Les révélations des *FinCEN Files* ont démontré l'ampleur des transactions, respectivement des sommes gigantesques qui ont été déplacées dans le cadre des opérations internationales. Rien que dans les 2100 cas dévoilés, les établissements financiers aux États-Unis ont déclaré suspects plus de 2000 milliards de dollars américains, soit trois fois le produit intérieur brut de la Suisse<sup>941</sup>. Ces révélations ont notamment mis en lumière les activités des banques correspondantes qui ne sont pas tenues selon la R. 13/2012 du GAFI de remplir un *KYC* ou de faire des recherches concernant les clients finaux des banques ayant recours à leurs prestations. En revanche, elles doivent contrôler si les banques partenaires ont respecté leurs obligations de diligence à l'égard de la clientèle. Enfin, elles peuvent requérir en tout temps des informations supplémentaires concernant les obligations de diligence effectuées sur les clients finaux et refuser les transactions en cas de doute<sup>942</sup>. Dans la pratique, ces informations sont recueillies auprès des banques partenaires par le biais d'un formulaire standard incluant des questions auxquelles il est possible de répondre par l'affirmative ou la négative<sup>943</sup>.

La mise en œuvre des obligations de diligence dans le cadre des relations d'affaires avec des banques partenaires pour lesquelles des activités de banque correspondante sont réalisées constitue depuis longtemps un sujet discuté sur le plan international. Les intermédiaires financiers ont introduit des mesures dites de *de-risking*, afin d'éviter les relations d'affaires particulièrement risquées. Cela a conduit à un recul des relations d'affaires de banque correspondante. Cette évolution a des effets collatéraux et entraîne le risque que des transactions soient effectuées par le biais de canaux faiblement réglementés voire pas surveillés du tout, ce qui pourrait conduire à des flux financiers opaques et, en fin de compte, à l'exclusion des intermédiaires financiers des marchés financiers (*financial exclusion*). Afin de pallier ces effets, le GAFI et le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire s'efforcent depuis quelques années de promouvoir une prise en compte différenciée des risques qui peuvent varier selon le type de relation de banque correspondante considérée<sup>944</sup>. Il n'est pas facile, pour les établissements bancaires, de trouver un équilibre à cet égard et une solution ne semble pas se dessiner de sitôt.

---

<sup>941</sup> Tages-Anzeiger, Christian Brönnimann, Oliver Zihlmann, « Was Sie zum neuen Datenleck Fincen Files wissen müssen », 20 septembre 2020, in: Tages-Anzeiger, (<<https://www.tagesanzeiger.ch/>>), consulter à ce titre: (<<https://www.tagesanzeiger.ch/was-sie-zum-neuen-date-bleck-fincen-files-wissen-muessen-548039927522>> (22.11.2021).

<sup>942</sup> Méthodologie du GAFI, 2013, (mise à jour en novembre 2020).

<sup>943</sup> Cf. à titre d'exemple la version 1.3 du Correspondent Banking Due Diligence Questionnaire (CBDDQ) du Wolfsberg Group, in: (<[www.wolfsberg-principles.com/](http://www.wolfsberg-principles.com/)>), consulter à ce titre: (<[https://www.wolfsberg-principles.com/sites/default/files/wb/CBDDQ\\_V1.3\\_SC09\\_Final\\_Version\\_16APR2020.pdf](https://www.wolfsberg-principles.com/sites/default/files/wb/CBDDQ_V1.3_SC09_Final_Version_16APR2020.pdf)> (22.11.2021).

<sup>944</sup> FINMA, Rapport explicatif OBA-FINMA, 2017, p. 34.

Finalement, la FINMA a précisé dans son rapport annuel, publié en mars 2021, que de nombreux intermédiaires financiers ont procédé à de vastes clarifications dans le cadre des *FinCEN Files*, non seulement de leur propre initiative, mais également sur demande de la FINMA. Les résultats ont révélé qu'une série d'établissements entretenaient une base de clients à risque accru. Une grande partie de ces établissements a traité les risques conformément à la réglementation, procédé aux clarifications nécessaires et annoncé les clients suspects au MROS bien avant la publication des *FinCEN Files*. D'autres établissements doivent en revanche encore améliorer leur dispositif<sup>945</sup>.

---

<sup>945</sup> FINMA, Rapport annuel 2020, p. 43.

## II Évolution du cadre législatif suisse

### 3. Introduction et délimitations

Dans ce chapitre, nous présenterons l'évolution du cadre législatif et réglementaire suisse de lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier<sup>946</sup>. Nous démontrerons dans un deuxième temps comment et dans quelle mesure les grandes affaires de blanchiment d'argent présentées au premier titre, d'une part, et, les 40 recommandations du GAFI ainsi que la critique exprimée à l'égard de la Suisse<sup>947</sup>, d'autre part, ont influencé l'évolution du dispositif anti-blanchiment helvétique dans le secteur financier.

Les dispositions en matière de lutte contre le blanchiment d'argent feront l'objet d'une analyse approfondie, étant donné qu'elles sont au cœur de la présente étude. En revanche, les dispositions relatives à la lutte contre le financement du terrorisme ne seront pas analysées, car les questions qui se posent dans le cadre du financement du terrorisme diffèrent de celles qui nous préoccupent dans la lutte contre le blanchiment d'argent et dépasseraient le cadre de la présente étude<sup>948</sup>.

---

<sup>946</sup> À l'exclusion des dispositions législatives relatives aux maisons de jeu et aux exploitants de jeux de grande envergure qui ne concernent pas le secteur financier.

<sup>947</sup> Pour les deux premiers cycles d'évaluations mutuelles, le GAFI publia uniquement un résumé des résultats des évaluations menées. Par conséquent, en ce qui concerne les évaluations de la Suisse de 1993 et 1998, il est principalement fait référence à ces documents; cf. GAFI, Rapport annuel XVI, 2004-2005, p. 9, par. 19.

<sup>948</sup> À titre d'exemple: LOMBARDINI, p. 45, N 168 et N 169, qui mentionne que la lutte contre le blanchiment d'argent implique un examen de l'origine des fonds confiés à une banque. Tandis que la lutte contre le financement du terrorisme a lieu en examinant l'utilisation que les clients veulent faire de leurs actifs. Les points de départ diffèrent donc diamétralement.

### 3.1 Les conventions de diligence des banques

Suite au «scandale de Chiasso»<sup>949</sup>, à la fin des années septante, la BNS et l'ASB codifièrent les premières obligations de diligence par le biais de la CDB 1977, renouvelée périodiquement jusqu'à nos jours<sup>950</sup>. Par la suite, la FINMA a précisé par voie d'ordonnance (art. 17 LBA) les obligations de diligence définies dans la LBA pour les intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 2, LBA<sup>951</sup>. S'agissant de la vérification de l'identité du cocontractant, du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique, l'art. 35 OBA-FINMA renvoie explicitement aux dispositions de la CDB. En outre, la FINMA a reconnu la CDB comme standard minimal, ce qui implique que les dispositions relatives aux obligations de diligence qu'elle contient sont applicables aux intermédiaires financiers visés. En revanche, les dispositions relatives au régime de sanction de la Commission de surveillance sont uniquement applicables aux banques signataires de la CDB. Toutefois, la FINMA peut appliquer ses mesures de surveillance et ses sanctions administratives à tous les intermédiaires financiers visés par l'art. 2, al. 2, LBA indépendamment de savoir s'ils sont signataires ou pas de la CDB. En effet, les banques signataires acceptent volontairement de se soumettre au régime de sanctions de la Commission de surveillance et, en plus, à celui de la FINMA<sup>952</sup>. La CDB a une portée normative accrue, car elle concrétise les obligations de diligence formelles<sup>953</sup>. Ainsi, contrairement au droit pénal et à la LBA, elle sanctionne ces violations, indépendamment de savoir si une faute matérielle a été commise ou pas. Il s'ensuit que ce n'est pas l'identification incorrecte de l'ayant droit économique qui est sanctionnée, mais des lacunes ou des manquements commis dans le cadre du processus d'identification lui-même<sup>954</sup>.

---

<sup>949</sup> Cf. partie II, titre I, chapitre 2.1.

<sup>950</sup> Cf. LOMBARDINI, p. 17, N 47 et N 48.

<sup>951</sup> Les banques au sens de l'art. 1a LB et les personnes au sens de l'art. 1b LB; les gestionnaires de fortune et les trustees mentionnés à l'art. 2, al. 1, let. a et b, LEFin et les essayeurs du commerce visés aux art. 42<sup>bis</sup> de la loi du 20 juin 1933 sur le contrôle des métaux précieux; les directions de fonds au sens de l'art. 2, al. 1, let. d, LEFin; les sociétés d'investissement à capital variable, les sociétés en commandite de placements collectifs et les sociétés d'investissement à capital fixe au sens de la LPCC, ainsi que les gestionnaires de fortune collective mentionnés à l'art. 2, al. 1, let. c, LEFin; les institutions d'assurance au sens de la LSA si elles exercent une activité en matière d'assurance directe sur la vie ou si elles proposent ou distribuent des parts de placements collectifs; les maisons de titres mentionnées à l'art. 2, al. 1, let. e, LEFin; les contreparties centrales et les dépositaires centraux au sens de la LIMF; les systèmes de paiement pour autant qu'ils doivent obtenir une autorisation de la FINMA au sens de l'art. 4, al. 2, LIMF; les maisons de jeu et les exploitants de jeux de grande envergure au sens de la LJA.

<sup>952</sup> Cf. LOMBARDINI, p. 19, N 57.

<sup>953</sup> LOMBARDINI, p. 18, N 55 et les références citées.

<sup>954</sup> TAUBE, thèse, p. 17.

### 3.1.1 CDB 1977

Avec l'entrée en vigueur de la CDB 1977, le 1<sup>er</sup> juillet 1977, les établissements bancaires étaient tenus d'identifier de manière consciencieuse leurs clients. Par ailleurs, ils devaient empêcher que des actes contraires à celle-ci soient perpétrés sous le couvert du secret bancaire suisse<sup>955</sup>. En effet, la CDB 1977 réprimait principalement l'assistance active à la fuite des capitaux, la fraude fiscale et d'autres actes analogues. En outre, elle contenait des dispositions relatives à l'identification des clients, des sociétés de domicile et des ayants droit économiques ainsi que des mesures répressives prévoyant des sanctions pouvant aller jusqu'à 10 millions CHF. Enfin, la durée de validité de la CDB 1977 était limitée à cinq ans<sup>956</sup>.

Par la codification des premières obligations de diligence en 1977<sup>957</sup> la Suisse assumait un rôle de pionnier dans la lutte contre le blanchiment d'argent. La CDB 1977 inspira les travaux rédactionnels des *Basel Statement of Principles* et de la Convention de Vienne<sup>958</sup> et par la suite les 40 recommandations du GAFI<sup>959</sup>. Toutefois, il serait naïf de croire que la Suisse souhaitait devenir l'élève modèle dans la lutte contre le blanchiment d'argent. Selon PIETH, l'élaboration de la CDB 1977 était avant tout une tentative de sauver la réputation de la place financière suisse après le «scandale de Chiasso»<sup>960</sup>.

### 3.1.2 CDB 1982

La CDB 1982 entra en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1987 et remplaça la CDB 1977. Le nouveau texte contenait des dispositions d'exécution pour chaque article. Par ailleurs, les formulaires A<sup>961</sup> et B<sup>962</sup> faisaient partie de la CDB 1982. Il est intéressant de constater qu'à l'époque il n'existait pas un seuil maximal pour les opérations au comptant. En effet, le libellé de l'art. 3, al. 3, CDB 1987 se bornait à prévoir que «*l'identité du co-contractant doit être vérifiée lors d'opérations au comptant portant sur des montants élevés*».

<sup>955</sup> Art. 1, CDB 1977.

<sup>956</sup> Art. 1, 2, 3, 7, 9, 14 et 15, CDB 1977.

<sup>957</sup> Cf. art. 3, CDB 1977 prévoyant que «*Les banques s'engagent à n'ouvrir des comptes et des dépôts de titres, à n'effectuer des placements fiduciaires et à ne louer des «safes» que lorsqu'elles ont vérifié, avec le soin approprié aux circonstances, l'identité du véritable ayant droit des fonds à bonifier ou à placer ou du véritable locataire du «safe»*».

<sup>958</sup> Art. 3, chap. 1, let. b et c; art. 5 de la Convention de Vienne.

<sup>959</sup> BECKER, thèse, p. 54.

<sup>960</sup> PIETH, *International standards against money laundering*, p. 6.

<sup>961</sup> Le formulaire A était utilisé pour identifier les personnes physiques ou morales qui ouvraient une relation d'affaires, cf. CDB 1982, p. 24.

<sup>962</sup> Le formulaire B était utilisé pour identifier les clients suisses qui étaient soumis au secret professionnel, cf. CDB 1982, p. 25.

Par ailleurs, depuis son entrée en vigueur la CDB prévoyait ce qui suit: «*Lorsque le client agit par l'intermédiaire d'une personne qui, d'une part, a son domicile ou son siège en Suisse et qui, d'autre part, est soumise à un secret professionnel protégé par la loi ou est membre d'un groupement affilié à la Chambre suisse des sociétés fiduciaires et des Experts-comptables, la banque doit exiger, au moyen du formulaire B, une déclaration écrite par laquelle cette personne confirme que l'ayant droit économique lui est connu et que les opérations ne sont pas contraires à la présente convention.*»<sup>963</sup> Or, les formulaires B étaient problématiques, car ils permettaient aux titulaires de compte de faire appel à un avocat ou à des experts d'une société fiduciaire pour que leur identité soit gardée secrète. À la fin des années quatre-vingt, les établissements bancaires suisses comptaient 30 000 relations d'affaires ouvertes moyennant le formulaire B<sup>964</sup>.

### 3.1.3 CDB 1987

En 1987, la BNS se retira des négociations et la CDB 1987 fut conclue entre l'ASB, d'une part, et les banques signataires, d'autre part<sup>965</sup>. La CDB 1987 entra en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1987 et prévoyait que l'identité du cocontractant devait désormais être identifiée lorsque les opérations au comptant portaient sur un montant supérieur à 100 000 CHF<sup>966</sup>. En ce qui concerne les formulaires B, la précision suivante fut apportée: «*Par cette déclaration [le formulaire B], la personne soumise au secret professionnel doit confirmer qu'elle connaît l'ayant droit économique et que, en faisant preuve de toute la diligence appropriée, elle n'a connaissance d'aucun fait qui pourrait indiquer que l'ayant droit recourt abusivement au secret bancaire, en particulier que les biens en question ont été acquis de façon délictueuse. Elle doit en outre confirmer qu'elle agit dans le cadre de son activité professionnelle d'avocat ou de notaire, respectivement de fiduciaire ou de gérant de fortune, que son mandat n'a pas seulement un caractère provisoire et qu'il n'a pas principalement pour but de garder secret le nom de l'ayant droit économique vis-à-vis de la banque.*»<sup>967</sup> Faut-il comprendre de cette disposition que si l'objectif secondaire était de garder secret l'identité de l'ayant droit économique, cela pouvait être toléré?

---

<sup>963</sup> Art. 6, al. 1, CDB 1982.

<sup>964</sup> CAPUS, Combating money laundering in Switzerland, p. 125; LOMBARDINI, p. 17, N 52.

<sup>965</sup> TAUBE, thèse, p. 16.

<sup>966</sup> Art. 2, CDB 1987.

<sup>967</sup> Art. 5, al. 2, CDB 1987.

#### 4. Premier train de mesures pour lutter contre le blanchiment d'argent et la criminalité organisée

La volonté de réprimer le blanchiment d'argent en Suisse n'était pour une fois pas le fruit de pressions d'organismes internationaux. En effet, les normes pénales en vigueur à l'époque n'étaient pas suffisantes: les dispositions dans la LStup ne concernaient que le trafic de stupéfiants et étaient de ce fait trop étroites pour s'appliquer au blanchiment d'argent (art. 19, ch. 1, al. 4 à 7, LStup); le recel (art. 160 CP) n'était applicable que si l'infraction préalable était un délit patrimonial et qu'en cas d'objets mobiliers corporels ainsi que pour l'argent, à l'exclusion des créances non incorporées dans un titre<sup>968</sup>. Enfin, l'entrave à l'action pénale (art. 305 CP) s'appliquait à la soustraction de personnes et non pas d'objets<sup>969</sup>. Ainsi, en absence d'une base légale appropriée pour réprimer le blanchiment d'argent, des travaux pour élaborer des nouvelles infractions pénales furent déclenchés<sup>970</sup>. Par ailleurs, les difficultés rencontrées par les autorités pénales suisses pour fournir l'entraide aux États-Unis et à l'Italie dans le cadre d'affaires de trafic de stupéfiants *Lebanon et Pizza Connection*<sup>971</sup> ainsi que les critiques des autorités de surveillance étrangères, qualifiant la Suisse de «centre *offshore* sous-réglémenté», accélérèrent ces travaux<sup>972</sup>.

En 1986, l'ancien procureur général tessinois PAOLO BERNASCONI rédigea en seulement deux mois un avant-projet qui soulignait l'absence de norme pénale sur le blanchiment d'argent. Pour combler cette lacune, BERNASCONI proposa notamment une peine d'emprisonnement, l'arrêt ou l'amende lorsque l'infraction était commise par négligence grave<sup>973</sup>. BERNASCONI fit cette proposition pour éviter que les autorités judiciaires ne doivent prouver une violation intentionnelle<sup>974</sup>. Toutefois, les participants à la procédure de consultation, s'opposèrent à une telle incrimination qui, selon eux, pouvait entraver la bonne marche des affaires et était excessivement sévère dans le cadre de l'accomplissement des obligations de diligence. Suite à l'éclatement de l'affaire «*Lebanon Connection*»<sup>975</sup>, le Conseil fédéral décida d'accélérer les travaux législatifs et chargea l'Office fédéral de la justice d'élaborer jusqu'au printemps 1989 un projet de loi sur le blanchiment d'argent. Ces travaux devaient être menés indépen-

<sup>968</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 981; CASSANI, Droit pénal économique, p. 188, N 6.23.

<sup>969</sup> Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN ad Art. 260<sup>ter</sup> StGB N 69.

<sup>970</sup> BSK StGB-PIETH ad Vor Art. 305<sup>bis</sup> N 17, Message CP 1989, FF 1989 II 961, 962, 980.

<sup>971</sup> Cf. partie II, titre I, chapitre 2.3.

<sup>972</sup> PIETH, Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz, p. 26.

<sup>973</sup> BERNASCONI, Finanzunterwelt, p. 48 à 54, Anhang IV Vorschläge zur strafrechtlichen Erfassung der Geldwäscherei in der Schweiz, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bundesamt für Justiz; BECKER, thèse, p. 40; Message CP 1989, FF 1989 II 961, 976.

<sup>974</sup> TAUBE, thèse, p. 22 et les références citées.

<sup>975</sup> Cf. partie II, titre I, chapitre 2.4.

damment de la révision des dispositions pénales relatives aux infractions contre le patrimoine. Une commission, composée de spécialistes de l'administration fédérale, de PAOLO BERNASCONI, des représentants des ministères publics, de la BNS, de la CFB ainsi que des représentants des banques et d'autres experts, élaborait un projet de loi. La commission arriva à la conclusion que les infractions dans le domaine du blanchiment d'argent devaient être révisées indépendamment des dispositions relatives à la confiscation et à l'organisation criminelle<sup>976</sup>. Le projet de loi fut adopté en un temps record par l'Assemblée fédérale et les nouvelles infractions pénales entrèrent en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1990<sup>977</sup>.

#### 4.1 Blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP)

L'art. 305<sup>bis</sup> CP, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> août 1990, porte en réalité sur un délit relevant du droit de la surveillance qui a été repris dans le *Kernstrafrecht*. En effet, à l'époque, il n'y avait pas d'autorité de surveillance unique dans le secteur financier<sup>978</sup>.

Le blanchiment d'argent fait partie des crimes et délits contre l'administration de la justice pénale. Cela ressort notamment de la position systématique de la disposition dans la loi, mais aussi du fait que l'acte réprimé est défini comme un acte propre à entraver la confiscation. Notre Haute Cour a souligné à plusieurs reprises que l'art. 305<sup>bis</sup> CP protège également la lutte contre la criminalité organisée<sup>979</sup> ainsi que les intérêts des particuliers<sup>980</sup> lésés par le crime préalable au blanchiment d'argent. En effet, elle a considéré que celui-ci peut servir de fondement à l'allocation d'une prétention en dommages et intérêts dans le cadre de la procédure pénale ouverte à l'encontre de l'auteur<sup>981</sup>. En outre, la justice pénale étrangère est également protégée conformément à l'art. 305<sup>bis</sup>, al. 3, CP<sup>982</sup>. La typicité du blanchiment d'argent n'exige aucun lien avec le crime organisé, pourtant souvent invoqué comme le but poursuivi par la répression du blanchiment d'argent<sup>983</sup>. En effet, lors de l'adoption de l'art. 305<sup>bis</sup> CP différents auteurs critiquèrent cette approche<sup>984</sup>. D'autres auteurs en revanche estimaient

---

<sup>976</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 976 à 978.

<sup>977</sup> BECKER, thèse, p. 41; BSK StGB-PIETH ad Vor Art. 305<sup>bis</sup> N 18; CASSANI, Droit pénal économique, p. 185, N 6.12.

<sup>978</sup> PIETH, Der Einfluss des internationalen Rechts auf das Schweizer Strafrecht, p. 251.

<sup>979</sup> ATF 138 IV 1, consid. 4.2.2; ATF 136 IV 179, consid. 2.3.3.

<sup>980</sup> ATF 129 IV 322, consid. 2.2.4; confirmé par l'ATF 145 IV 335, consid. 3.1.

<sup>981</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 10; HERREN C. NICOLAS, Le blanchiment d'argent dans la jurisprudence des tribunaux fédéraux, p. 1112; CARNICÉ JEAN-MARC, Évolution de la jurisprudence du TF, p. 422.

<sup>982</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 10; BECKER, thèse, p. 78.

<sup>983</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 12; BECKER, thèse, p. 79; BSK StGB-PIETH ad Vor Art. 305<sup>bis</sup> N 53.

<sup>984</sup> STRATENWERTH, Geldwäscherei – ein Lehrstück der Gesetzgebung, p. 102, p. 104; GIAN-NINI, Anwaltliche Tätigkeiten und Geldwäscherei, p. 8; REINLE, Die Meldepflicht im GwG, p. 35, N 88.



que l'infraction pénale de blanchiment d'argent ne devait pas exclusivement s'appliquer au blanchiment perpétré par le crime organisé, faute de quoi les criminels en col blanc ne seraient pas inclus dans la disposition pénale<sup>985</sup>. Aujourd'hui, il est généralement admis que toute personne physique peut accomplir un acte de blanchiment d'argent. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a considéré à maintes reprises que l'auteur de l'infraction préalable au blanchiment d'argent peut lui-même être son propre blanchisseur et que, le cas échéant, il y a concours parfait selon l'art. 49, al. 1, CP<sup>986</sup>. La doctrine majoritaire ne partage pas cette interprétation<sup>987</sup>.

L'art. 305<sup>bis</sup> CP réprime l'entrave intentionnelle ou par dol éventuel de l'identification de l'origine, de la découverte ou de la confiscation, d'une valeur patrimoniale provenant d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié<sup>988</sup>. Le blanchiment d'argent n'est donc punissable que si l'auteur savait ou devait présumer que les valeurs patrimoniales provenaient d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié<sup>989</sup>. Partant, le blanchiment d'argent est une infraction intentionnelle, mais qui peut aussi revêtir la forme du dol éventuel<sup>990</sup>. L'auteur doit être en mesure d'imaginer que son acte soit propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation des valeurs patrimoniales. Même si l'auteur n'a pas une idée précise de l'origine des valeurs patrimoniales, il y a dol éventuel dans la mesure où il a envisagé leur origine criminelle, tout au moins comme une possibilité, et qu'il a malgré tout commis l'infraction<sup>991</sup>. Le juge peut se fonder sur des éléments objectifs pour conclure à l'existence d'un dol éventuel. Il peut s'agir de la gravité de la violation des obligations de diligence, qui peut consister en l'absence de toute clarification et de documentation en cas de valeurs patrimoniales importantes<sup>992</sup>.

<sup>985</sup> ACKERMANN, Geldwäscherei – Money Laundering, p. 7; dans le même sens, ZUBERBÜHLER, Die Geldwäschereibekämpfung, p. 127.

<sup>986</sup> ATF 145 IV 335, consid. 3.1; ATF 144 IV 172, p. 174; ATF 128 IV 117, p. 132; ATF 126 IV 255, consid. 3.

<sup>987</sup> Selon la doctrine majoritaire les actes d'autofavorisation sont impunissables en droit suisse. Étant donné que l'art. 305 CP réprime l'entrave à l'action pénale, cette disposition ne devrait pas s'appliquer à celui qui se soustrait lui-même à la justice pénale. Par ailleurs, la doctrine majoritaire fait une parallèle avec le recel où l'auteur de l'infraction préalable ne saurait être son propre receleur; cf. Kommentar Geldwäscherei, 1998, ad Art. 305<sup>bis</sup> StGB-ACKERMANN N 115 s.; Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, ACKERMANN/ZEHNDER ad Art. 305<sup>bis</sup> StGB N 226; CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 46 s.; BSK StGB-PIETH ad Vor Art. 305<sup>bis</sup> N 2; GRABER, thèse, p. 111 *contra* DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, Strafrecht IV, p. 494; STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II-2013, par. 57, N 43.

<sup>988</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 13; LOMBARDINI, p. 71, N 284.

<sup>989</sup> CASSANI, Droit pénal économique, p. 209, N 6.93.

<sup>990</sup> LOMBARDINI, p. 92, N 372.

<sup>991</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 984; CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 42; BECKER, thèse, p. 81 à 82; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>bis</sup> N 59.

<sup>992</sup> LOMBARDINI, p. 93, N 376 et les références citées.

En ce qui concerne l'étendue des actes d'entrave, le Message du Conseil fédéral précise que c'est à la jurisprudence qu'il incombe de développer des catégories d'actes typiques d'entrave<sup>993</sup>. Cette position a été fortement critiquée, car elle laisse subsister des incertitudes nuisant à la sécurité et à la prévisibilité du droit<sup>994</sup>. Selon PIETH, il faudrait limiter l'infraction aux modèles comportementaux particulièrement utilisés par le crime organisé pour cacher les fonds de roulement<sup>995</sup>. D'autres auteurs estiment que, selon l'expérience générale de la vie, l'acte doit être de nature à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation des valeurs patrimoniales<sup>996</sup>. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le blanchiment d'argent est une infraction de mise en danger abstraite et non pas de résultat. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve de l'existence d'un risque d'entrave concret ou qu'une entrave ait eu lieu<sup>997</sup>. Par ailleurs, il ne doit pas s'agir de transactions financières complexes ou d'actes nécessitant une énergie criminelle importante, même de simples transactions peuvent suffire à entraver la confiscation de valeurs patrimoniales. Autrement dit, toutes les opérations visant à donner une apparence licite à des valeurs patrimoniales d'origine criminelle, afin de les réintroduire dans les marchés et échapper ainsi à la poursuite des autorités pénales, constituent des actes d'entrave<sup>998</sup>. Il s'ensuit que l'élément constitutif du blanchiment d'argent est très large: il ne s'agit donc pas uniquement d'actes de dissimulation classiques commis par le biais d'institutions financières (indication des ayants droit économiques erronés, interruption du *paper trail*, etc.), mais aussi d'actes plus simples comme la dissimulation d'argent dans sa propre maison<sup>999</sup>.

La jurisprudence a, en particulier, mis l'accent sur l'acte susceptible d'entraver la confiscation, ce qui inclut l'entrave à l'identification de l'origine et à la découverte des valeurs patrimoniales<sup>1000</sup>. Partant, l'acte propre à entraver la confiscation se définit par rapport à l'art. 70 CP (art. a58 CP). Il s'agit donc d'un comportement qui est propre à entraver la mainmise des autorités pénales sur la valeur patrimoniale dans le

---

<sup>993</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 983.

<sup>994</sup> BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>bis</sup> N 38; GRABER, thèse, p. 131.

<sup>995</sup> BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>bis</sup> N 39, N 40, il s'agit en particulier de la création de structures moyennant lesquelles on vise à cacher le véritable ayant droit économique par l'utilisation d'hommes de paille.

<sup>996</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 983; CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 33; GRABER, thèse, p. 133.

<sup>997</sup> ATF 127 IV 20, p. 26; ATF 124 IV 274, p. 276; ATF 119 IV 59, p. 64; cf. CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 33; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>bis</sup> N 38; CARNICÉ, Évolution de la jurisprudence du TF, p. 421; LOMBARDINI, p. 72, N 287; ATF 127 IV 20, p. 26; ATF 124 IV 274, p. 276; ATF 119 IV 59, p. 64.

<sup>998</sup> ATF 122 IV 211, consid. 3aa; ATF 119 IV 242, consid. 1e; cf. HERREN C. NICOLAS, Le blanchiment d'argent dans la jurisprudence des tribunaux fédéraux, p. 1118.

<sup>999</sup> MARKWALDER, N 10.

<sup>1000</sup> ATF 129 IV 238, consid. 3.3.

but d'éviter une confiscation ou, le cas échéant, une restitution au lésé (art. 70, al. 1, CP). Le Tribunal fédéral considère que si une confiscation des valeurs n'est plus envisageable, par exemple parce que l'action est prescrite, il n'y a pas lieu d'admettre une infraction de blanchiment d'argent en vertu de l'art. 305<sup>bis</sup> CP<sup>1001</sup>. Dans ce contexte, notre Haute Cour<sup>1002</sup> a retenu que la punissabilité du blanchiment du produit d'infractions préalables commises à l'étranger suppose que, les valeurs patrimoniales puissent être confisquées selon le droit suisse ou étranger, applicable à l'acte de blanchiment poursuivi, lorsqu'il a été commis. Il s'ensuit que si le droit de l'État de commission de l'infraction ne permet pas, au moment des actes qualifiables d'entraves commis en Suisse, la confiscation des valeurs patrimoniales liées à l'infraction commise, alors il manque un élément nécessaire à la réalisation, en Suisse, de l'infraction de blanchiment d'argent. En effet, les intérêts de l'État étranger à cette confiscation ne peuvent pas avoir été compromis par les actes d'entrave selon le droit suisse<sup>1003</sup>.

Il faut opérer une distinction entre le blanchiment d'argent simple et aggravé (art. 305<sup>bis</sup>, al. 2, CP). S'agissant de ce dernier, la loi prévoit à titre exemplatif trois circonstances aggravantes<sup>1004</sup>. En effet, la norme n'énumère pas de manière exhaustive les cas de blanchiment d'argent considérés comme graves de sorte que différentes constellations sont envisageables<sup>1005</sup>. La jurisprudence considère alors que les cas qui paraissent, d'un point de vue objectif et subjectif, d'une gravité comparable à celle des trois possibilités expressément mentionnées à l'art. 305<sup>bis</sup>, al. 2, CP peuvent entrer en ligne de compte<sup>1006</sup>. Le Tribunal fédéral a notamment retenu une gravité comparable

<sup>1001</sup> ATF 137 IV 79, p. 80; ATF 129 IV 238, p. 244; cf. CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 34; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>bis</sup> N 25; Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, ACKERMANN/ZEHNDER ad Art. 305<sup>bis</sup> StGB N 289; MACALUSO ALAIN/GARBARSKI ANDREW M., Communication de soupçons de blanchiment après la fin de la relation d'affaires, Questions, réflexions et préoccupations suscitées par l'arrêt du Tribunal fédéral 6B\_503/2015, in: Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle (AJP/PJA), 10/2016, p. 1319. Le Message du Conseil fédéral est toutefois peu clair sur ce point, Message CP 1989, FF 1989 II 961, 983 s.

<sup>1002</sup> ATF 145 IV 335, consid. 4.5 s.

<sup>1003</sup> Cf. MACALUSO ALAIN, Le Tribunal fédéral tranche une question inédite: il n'y a pas de blanchiment d'argent en Suisse si les valeurs ne sont pas confiscables à l'étranger; in: Droit pénal des affaires, (<[www.droitpenaldesaffaires.ch](http://www.droitpenaldesaffaires.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.droitpenaldesaffaires.ch/jurisprudence/le-tribunal-federal-tranche-une-question-inedite-il-ny-a-pas-de-blanchiment-dargent-en-suisse-si-les-valeurs-ne-sont-pas-confiscables-a-letranger/>> du 22 août 2019 (22. 11. 2021).

<sup>1004</sup> L'auteur qui blanchit de l'argent en qualité de membre d'une organisation criminelle ou au sein d'une bande formée pour se livrer systématiquement au blanchiment d'argent ou encore l'auteur qui fait métier du blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup>, al. 2, let. a à c, CP).

<sup>1005</sup> Dans le même sens CASSANI, Droit pénal économique, p. 213, N 6.112.

<sup>1006</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_993/2017 du 20 août 2019, consid. 4.2; Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_461/2018 du 24 janvier 2019, consid. 9.7.2; Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, ACKERMANN/ZEHNDER ad Art. 305<sup>bis</sup> StGB N 741; CASSANI, Droit pénal économique, p. 213, N 6.112.

dans les deux cas suivants : un avocat ayant effectué, durant plusieurs mois, des opérations à hauteur de 3.4 millions CHF en échange d'un honoraire s'élevant à 20 000 CHF et une personne ayant blanchi des millions en faisant recours à des structures juridiques complexes<sup>1007</sup>.

Le blanchiment d'argent aggravé est un crime au sens de l'art. 10, al. 2, CP et le délai de prescription pour la poursuite pénale s'élève à 15 ans (art. 97, al. 1, let. b, CP). En revanche, ce délai comporte dix ans pour les cas de blanchiment d'argent simples (art. 97, al. 1, let. c, CP).

Le blanchiment d'argent est un délit commun qui ne nécessite aucune qualité particulière et qui porte sur des valeurs patrimoniales provenant d'une infraction préalable. Les infractions préalables sont limitées au crime en vertu de l'art. 10, al. 2, CP et au délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305<sup>bis</sup>, al. 1<sup>bis</sup>, CP<sup>1008</sup>. L'acte de blanchiment d'argent présuppose que le crime soit susceptible de générer un avantage économique sous forme de valeurs patrimoniales<sup>1009</sup>. La notion de valeurs patrimoniales doit être comprise au sens large et inclut l'ensemble des objets ayant une valeur économique, à savoir tant les valeurs mobilières qu'immobilières, l'argent, les créances ou d'autres droits<sup>1010</sup>.

Par ailleurs, le crime préalable peut avoir été commis à l'étranger (art. 305<sup>bis</sup>, al. 3, CP). Si l'acte est punissable au regard du droit du lieu de commission et qu'il constituerait un crime au regard du droit suisse, si les faits s'étaient déroulés en Suisse, la double incrimination doit être admise. Toutefois, cette dernière doit être interprétée de manière abstraite. Autrement dit, si l'infraction qui entre en ligne de compte énonce des faits lui conférant une coloration locale, il faut les transposer en Suisse<sup>1011</sup>. L'analyse visant à déterminer si l'infraction préalable commise à l'étranger constitue un crime au sens de l'art. 305<sup>bis</sup> CP doit être effectuée conformément au droit suisse. Si tel est le cas, il suffit que le comportement soit aussi répréhensible dans l'État où il a été adopté, et ce, même si l'infraction préalable ne constitue pas un crime selon le droit de cet État<sup>1012</sup>. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a rappelé dans une jurisprudence récente que «[...] *La punissabilité du blanchiment du produit d'infractions pré-*

---

<sup>1007</sup> Premier cas : Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1013/2010 du 17 mai 2011, consid. 6.3 ; Deuxième cas : Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_461/2018 du 24 janvier 2019, consid. 9.7.6.

<sup>1008</sup> BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>bis</sup> N 13, N 16 ; en ce qui concerne la portée du délit fiscal qualifié le lecteur est renvoyé à la partie II, titre II, chapitre 8.1.

<sup>1009</sup> LOMBARDINI, p. 73, N 293.

<sup>1010</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 982 ; CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 15, N 16, N 18, N 20 ; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>bis</sup> N 9.

<sup>1011</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 23 ; ATF 136 IV 179, p. 186, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 6B\_729/2010 du 8 décembre 2011, consid. 4.1.3.

<sup>1012</sup> ATF 126 IV 255, consid. 3a et 3b.aa ; cf. HERREN C. NICOLAS, Le blanchiment d'argent dans la jurisprudence des tribunaux fédéraux, p. 1115 ; LOMBARDINI, p. 76, N 305.

*alables commises à l'étranger suppose que les valeurs patrimoniales puissent être confisquées en application du seuil du droit suisse ou selon le droit étranger applicable à l'acte de blanchiment poursuivi lorsqu'il a été commis.»*<sup>1013</sup> Néanmoins, l'infraction ne doit pas avoir été constatée par un jugement définitif et exécutoire<sup>1014</sup>.

Dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, il peut s'avérer difficile de démontrer le lien de provenance entre, d'une part, la valeur patrimoniale blanchie et, d'autre part l'infraction dont elle est issue. En effet, la valeur patrimoniale obtenue illicitement peut être transférée et transformée à plusieurs reprises de sorte qu'il n'est pas aisé d'établir un lien avec l'infraction en amont<sup>1015</sup>. À ce propos, le Message du Conseil fédéral précise que: «[...] *Le principe de la spécialité ne peut toutefois pas s'appliquer avec la même rigueur lorsque le résultat direct de l'infraction se présente sous forme de billets de banque, de devises, de chèques, d'avoirs en compte ou d'autres créances. L'objet de l'assujettissement est alors une valeur, au sens abstrait du mot, incorporée ou non dans un titre, destinée à circuler. Cette valeur, par les supports matériels qui l'incorporent, doit pouvoir être confisquée aussi longtemps que son mouvement sera identifié de façon certaine et documenté, soit, pour reprendre l'expression anglo-américaine, tant que le «paper trail» pourra être suivi. C'est ainsi que doivent être considérées, pour leur valeur, comme produit direct de l'infraction les sommes d'argent, quelle que soit la forme sous laquelle elles ont été acquises, la façon dont elles ont été déplacées, voire même, dans une certaine mesure, transformées; ainsi, la conversion du produit direct de l'infraction en monnaie étrangère ou en papiers-valeurs ne fait pas obstacle à la confiscation. Une certaine latitude doit être laissée au juge, qui déterminera de cas en cas, dans les situations limites, s'il est encore en présence des valeurs patrimoniales initiales ou s'il s'agit de valeurs de remplacement non confiscables [...].»*<sup>1016</sup> Toutefois, lorsque la valeur directement obtenue par l'infraction principale est une chose, par exemple un objet corporel mobilier ou immobilier, celle-ci peut être confisquée. Selon CASSANI, cette approche n'est plus préconisée aujourd'hui<sup>1017</sup>.

Or, si le lien de provenance pour les produits directs de l'infraction principale (*producta sceleris*) est généralement admis et que la récompense touchée par l'auteur pour la commission de son infraction (*pretium sceleris*) en est le produit direct, soumis à confiscation selon l'art. 70, al. 1, CP, il n'en va pas de même pour les valeurs de remplacement (*Surrogate*)<sup>1018</sup>. En effet, ces valeurs, obtenues après un ou plusieurs trans-

<sup>1013</sup> ATF 145 IV 335, chapeau d'arrêt.

<sup>1014</sup> GIANNINI, *Anwaltliche Tätigkeiten und Geldwäscherei*, p. 59; GRABER, thèse, p. 129.

<sup>1015</sup> CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 25.

<sup>1016</sup> Message CP 1993, FF 1993 III 269, 300.

<sup>1017</sup> CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 27.

<sup>1018</sup> CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 26, N 27; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>bis</sup> N 27, N 28.

ferts ou transformations font l'objet de controverses doctrinales<sup>1019</sup>. Ces divergences d'opinions sont dues au fait que le comportement réprimé par l'art. 305<sup>bis</sup> CP est défini comme un acte propre à entraver la confiscation. Il faut donc que les valeurs puissent faire l'objet d'une confiscation au sens de l'art. 70 CP. En revanche, si la valeur de l'infraction en amont ne se trouve plus dans le patrimoine de l'auteur (art. 71 CP) une créance compensatrice pourra être prononcée. Or, la doctrine dominante retient que le lien de provenance doit être interprété de la même façon tant pour le blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP) que pour la confiscation (art. 70 CP)<sup>1020</sup>. Par conséquent, elle estime que les valeurs de remplacement sont susceptibles d'être blanchies et donc d'être confisquées<sup>1021</sup>. En revanche, la doctrine est plus nuancée lorsque le lien entre la valeur originale et son produit de remplacement est évident. Cela vaut aussi bien pour les valeurs obtenues directement en échange de la valeur originale issue de l'infraction en amont (*echte Surrogate*) ainsi que pour les valeurs de remplacement obtenues après une ou plusieurs opérations d'échange ou de transformation (*unechte Surrogate*): ainsi, selon SCHMID, ces valeurs peuvent être confisquées et blanchies<sup>1022</sup>. En revanche, une partie de la doctrine craint que des valeurs patrimoniales éloignées de l'infraction commise en amont puissent être considérées comme contaminées<sup>1023</sup>.

Le Tribunal fédéral considère que le blanchiment d'argent peut porter sur des valeurs de remplacement, aussi longtemps que ces valeurs peuvent être confisquées<sup>1024</sup>. La confiscation est possible, s'il existe un lien de causalité entre l'infraction commise et les valeurs patrimoniales ainsi obtenues. Autrement dit, les valeurs patrimoniales obtenues doivent apparaître comme une conséquence directe et immédiate de l'infraction. Or, cette condition est réputée réalisée lorsque le produit initial de l'infraction peut être identifié et documenté avec certitude. Autrement dit, aussi longtemps que le *paper trail* peut être reconstitué de manière à établir son lien avec l'infraction: «[...] *il Tribunale federale ha rilevato che il reato deve essere la causa essenziale ed adeguata dell'ottenimento dei valori patrimoniali e che questi devono provenire tipicamente dal reato in questione. Deve quindi esistere, tra il reato e l'ottenimento dei valori patrimoniali un nesso causale tale da fare apparire il secondo come la conseguenza diretta e*

---

<sup>1019</sup> GIANNINI, *Anwaltliche Tätigkeiten und Geldwäscherei*, p. 65; STRATENWERTH, *Geldwäscherei – ein Lehrstück der Gesetzgebung*, p. 105.

<sup>1020</sup> CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 27; Dans le même sens Message CP 1989, FF 1989 II 961, 982.

<sup>1021</sup> *Kommentar Geldwäscherei*, 1998, ad Art. 305<sup>bis</sup> StGB-ACKERMANN N 211 s.; *Kommentar Kriminelles Vermögen 2018*, ACKERMANN/ZEHNDER ad Art. 305<sup>bis</sup> StGB N 347; CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, ad Art. 305<sup>bis</sup> StGB N 15; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 499; PK StGB TRECHSEL/PIETH ad Art. 305<sup>bis</sup> N 14; CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 28.

<sup>1022</sup> SCHMID, *Kommentar Einziehung* ad Art. 70 à 72 N 49, N 50.

<sup>1023</sup> *Kommentar Geldwäscherei*, 1998, ad Art. 305<sup>bis</sup> StGB-ACKERMANN N 209 s.; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 501; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>bis</sup> N 33.

<sup>1024</sup> ATF 137 IV 79, p. 80; ATF 129 IV 238, p. 244; CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 29.

*immediata del primo. È in particolare questo il caso, quando l'ottenimento dei valori patrimoniali costituisce un elemento oggettivo o soggettivo del reato o quando rappresenta un vantaggio diretto derivante dalla commissione dell'infrazione. Per contro, i valori patrimoniali non possono essere considerati come il risultato del reato, quando quest'ultimo ha soltanto facilitato il loro ottenimento ulteriore mediante un atto successivo senza connessione immediata con il reato stesso [...].»<sup>1025</sup>*

Par exemple, si le produit initial de l'infraction est constitué de valeurs destinées à la circulation (billets de banque, effets de change, chèques, etc.) et a été transformé à une ou plusieurs reprises, il reste confiscable aussi longtemps que son parcours peut être reconstitué de manière à établir son lien avec l'infraction<sup>1026</sup>. Toutefois, dans une autre jurisprudence, le Tribunal fédéral a considéré qu'un lien de causalité naturel et adéquat est suffisant dans le cas de valeurs patrimoniales résultant de l'exécution d'un contrat dont la conclusion a été favorisée par la corruption. En effet, selon notre Haute Cour, les gains de la personne qui corrompt autrui peuvent faire l'objet de blanchiment d'argent, à condition que le rapport de causalité soit établi, même s'ils ne résultent pas directement et immédiatement de l'infraction<sup>1027</sup>.

Selon le Tribunal fédéral, il n'y a pas lieu, en matière de blanchiment des valeurs patrimoniales d'une organisation criminelle, de poser des exigences plus strictes en relation avec l'existence d'un crime préalable qu'en ce qui concerne les autres cas de blanchiment. La preuve de l'existence préalable d'un crime suffit, sans que la connaissance précise de celui-ci et de son auteur soit nécessaire<sup>1028</sup>. Par ailleurs, lorsque les valeurs patrimoniales proviennent d'une organisation criminelle, le Tribunal fédéral a retenu qu'une corrélation doit être considérée de manière globale: «[...] *Il faut ainsi, de toute manière, admettre que la preuve de l'existence préalable d'un crime suffit, sans que la connaissance précise de celui-ci et de son auteur soit nécessaire. Poser des exigences accrues irait à l'encontre tant de la norme réprimant le blanchiment d'argent que de celle réprimant la participation et le soutien à une organisation criminelle, qui sont l'une et l'autre complémentaires. Aussi, même si l'on admet, avec les auteurs cités précédemment que, dans la règle, la participation ou le soutien à l'organisation, à lui seul, ne constituerait pas encore un crime préalable dont les valeurs patrimoniales sont issues dans la mesure où la preuve d'autres*

<sup>1025</sup> ATF 137 IV 79, p. 81. Dans le même sens ATF 129 II 453, p. 461; ATF 126 I 97, p. 106; CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 29.

<sup>1026</sup> CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 29 et la jurisprudence citée.

<sup>1027</sup> ATF 137 IV 79, p. 80 confirmé par l'ATF 138 IV 1, p. 6; CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 29 et CASSANI, Droit pénal économique, p. 193, N 6.43.

<sup>1028</sup> ATF 138 IV 1, p. 7; ATF 120 IV 323, p. 328; Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_141/2007 du 24 septembre 2007, consid. 3.3.3; cf. CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 31; PIETH quant à lui estime que la façon de procéder du blanchisseur peut permettre de conclure à l'existence d'un crime dans les cas évidents, cf. BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>bis</sup> N 36.



*crimes n'est pas rapportée, on ne saurait, de toute manière, exiger des précisions excessives quant aux crimes commis par l'organisation. On ne saurait non plus exiger la démonstration d'un lien de causalité naturelle et adéquate entre chacun de ces crimes individualisés et les valeurs patrimoniales blanchies. Le lien «nécessairement ténu» exigé par la jurisprudence est suffisamment établi lorsqu'il est prouvé que des crimes ont été commis dans le cadre de l'organisation et que les valeurs patrimoniales proviennent de cette dernière. On doit alors exiger, même si la provenance criminelle n'est qu'indirecte, que soit donné un rapport de causalité naturelle et adéquate entre les crimes, considérés globalement, et les valeurs patrimoniales [...].»<sup>1029</sup>*

CASSANI relève que cet assouplissement est admissible, à condition que l'on puisse établir que toutes les sources de revenus soient criminelles ou que celles légales puissent être clairement écartées. En effet, selon cet auteur, l'art. 305<sup>bis</sup> CP ne permet pas de renverser le fardeau de la preuve. Par conséquent, il n'est pas possible d'invoquer l'art. 260<sup>ter</sup> CP comme infraction préalable au blanchiment d'argent pour l'ensemble des valeurs patrimoniales qui se trouvent dans le pouvoir de disposition d'une organisation criminelle. En revanche, FRIEDRICH arrive à la conclusion inverse<sup>1030</sup>.

Enfin, le blanchiment d'argent peut être commis par omission si les conditions de l'art. 11 CP, sont remplies: soit, l'auteur reste inactif alors qu'il a un devoir juridique spécial d'agir<sup>1031</sup> et son omission d'agir entraîne le blanchiment d'argent<sup>1032</sup>. Cela dit, l'obligation d'agir peut découler d'un devoir de surveillance, en particulier celui qui incombe à un supérieur hiérarchique qui, par hypothèse, aurait connaissance du fait que ses employés subalternes commettent des actes de blanchiment, mais qui n'entreprendrait rien pour les en empêcher. S'agissant de la position de garant d'un intermédiaire financier, l'obligation d'agir découle de l'art. 6 LBA (obligations de diligence particulières) et de l'art. 9 LBA (obligation de communiquer)<sup>1033</sup>. Ainsi, le Tribunal fédéral a considéré qu'un directeur d'une succursale d'une banque, occupant une position de garant, n'avait pas satisfait aux devoirs de diligence selon l'art. 6 LBA. En effet, les devoirs commandés par sa position consistaient à analyser et clarifier l'arrière-

---

<sup>1029</sup> ATF 138 IV 1, p. 9; ATF 120 IV 323, consid. 3d; Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2011.27 du 4 octobre 2011, consid. 8.3.2.

<sup>1030</sup> Cf. CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 32; *contra* FRIEDRICH FRANK, Art. 260<sup>ter</sup> StGB als verbrecherische Vortat des Art. 305<sup>bis</sup> StGB?, N 16, in: Jusletter 15 mars 2010. FRIEDRICH arrive à la conclusion que l'ensemble des avoirs qui se trouvent dans le pouvoir de disposition d'une organisation criminelle peuvent avoir été blanchis. Cela vaut aussi bien pour les valeurs d'origine licite que délictuelle et sans que les actes correspondants qui ont conduit à l'obtention des valeurs doivent faire l'objet d'une attribution temporelle, locale et personnelle.

<sup>1031</sup> Cette obligation peut découler d'un devoir de protéger le bien juridique mis en danger ou d'un devoir de surveillance ou de contrôle, cf. CASSANI, Droit pénal économique, p. 206, N 6.80.

<sup>1032</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 37.

<sup>1033</sup> ATF 136 IV 188, p. 197; CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 39; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>bis</sup> N 57.



plan économique des relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées et à faire remonter l'information à l'organe compétent pour décider de l'opportunité d'effectuer une communication au MROS selon l'art. 9 LBA. En n'informant pas les organes compétents de la banque, ceux-ci n'ont pas pu procéder au blocage des avoirs. Ainsi, le Tribunal fédéral a retenu que le blanchiment d'argent peut également être réalisé par omission si l'auteur se trouve dans une position de garant comportant une obligation d'agir qualifiée<sup>1034</sup>. Dans un autre arrêt rendu la même année, le Tribunal fédéral a considéré que la position de garant peut aussi découler de la réglementation interne de la banque qui, en l'occurrence, était calquée sur des dispositions légales contraignantes<sup>1035</sup>. Dans un autre cas, le Tribunal fédéral a retenu qu'un avocat aurait dû demander des informations complémentaires à son client et à des tiers impliqués du fait, en particulier, des renseignements douteux qu'il avait reçus de son client, du déroulement inusuel des transactions financières auxquelles il avait participé, de l'importance des montants transférés et de sa longue expérience professionnelle<sup>1036</sup>.

Avant l'entrée en vigueur de la LBA en 1998 et de l'art. 11 CP, en 2007, la doctrine était d'avis que seul un fonctionnaire pouvait se rendre coupable de blanchiment par omission, à l'exclusion de toute autre personne, dont l'employé de la banque<sup>1037</sup>. Aujourd'hui, la jurisprudence du Tribunal fédéral accorde aux intermédiaires financiers des obligations de diligence plus étendues et admet le blanchiment d'argent par omission. CASSANI précise que la jurisprudence du Tribunal fédéral, relative au blanchiment d'argent par omission d'une personne dans une position de garant, doit être approuvée quant à son principe. Toutefois, une violation des devoirs incombant aux intermédiaires financiers ne constitue du blanchiment d'argent par abstention que s'il y a un lien de causalité hypothétique entre l'omission contraire au devoir d'agir et le blanchiment d'argent au sens de l'art. 305<sup>bis</sup> CP<sup>1038</sup>. Selon MACALUSO et GARBARSKI une violation de l'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 LBA ne saurait constituer *eo ipso* un acte d'entrave aux termes de l'art. 305<sup>bis</sup> CP<sup>1039</sup>. Nous partageons l'avis de ces auteurs dans la mesure où, selon le cas d'espèce, la punissabilité par abstention des intermédiaires financiers ne saurait être admise trop facilement.

<sup>1034</sup> ATF 136 IV 188, p. 197; cf. HERREN, Le blanchiment d'argent dans la jurisprudence des tribunaux fédéraux, p. 1119; CARNICÉ, Évolution de la jurisprudence du TF, p. 423.

<sup>1035</sup> CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 39; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_729/2010 du 8 décembre 2011, consid. 4.3.1.

<sup>1036</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_699/2008 du 10 juin 2009, consid. 4.7.2 et 5.2; HERREN, Le blanchiment d'argent dans la jurisprudence des tribunaux fédéraux, p. 1121.

<sup>1037</sup> CARNICÉ, Évolution de la jurisprudence du TF, p. 425.

<sup>1038</sup> CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 39.

<sup>1039</sup> MACALUSO ALAIN/GARBARSKI ANDREW M., Communication de soupçons de blanchiment après la fin de la relation d'affaires, Questions, réflexions et préoccupations suscitées par l'arrêt du Tribunal fédéral 6B\_503/2015, in: Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle (AJP/PJA), 10/2016, p. 1321.

## 4.2 Défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP)

L'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP<sup>1040</sup>, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> août 1990, devait augmenter la transparence dans le secteur financier et empêcher que les criminels exploitent leurs relations d'affaires bancaires pour des activités illicites<sup>1041</sup>. Cette disposition fut fortement critiquée à l'époque, notamment suite à l'insécurité juridique qu'elle laissait subsister quant à l'étendue des devoirs de diligence devant être appliqués par les professionnels du secteur financier. Par ailleurs, ces professionnels n'appréciaient pas de devoir assister les autorités pénales dans la lutte contre le blanchiment d'argent<sup>1042</sup>. Toutefois, selon PIETH, une coopération des banquiers avec les autorités pénales était dans leur propre intérêt à long terme, si l'on considère que le fait d'entrer en relation d'affaires avec des criminels ne pouvait être que dommageable pour leur réputation<sup>1043</sup>.

L'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP réprime le défaut de vigilance en matière d'opérations financières, soit l'infraction consistant, pour les personnes exerçant une activité à titre professionnel dans le secteur financier, à accepter, garder en dépôt ou aider à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers, sans procéder aux vérifications requises de l'identité de l'ayant droit économique<sup>1044</sup>. Le fait de savoir si les valeurs patrimoniales proviennent d'une activité licite ou illicite est sans pertinence<sup>1045</sup>.

Ce devoir n'était pas nouveau pour les établissements bancaires, car la CDB 1977 prévoyait déjà qu'ils devaient identifier l'ayant droit économique<sup>1046</sup>. Par ailleurs, dès le milieu des années septante<sup>1047</sup>, les personnes chargées d'administrer et de gérer un établissement bancaire devaient jouir d'une bonne réputation et présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable<sup>1048</sup> (art. 3, al. 2, let. c, LB)<sup>1049</sup>. Dans ce contexte, la CFB s'efforça d'élargir la portée de cette pratique<sup>1050</sup>. Elle trouva à cet égard le soutien du Tribunal fédéral<sup>1051</sup>. Les dispositions de la CFB prévoyaient que la banque de-

---

<sup>1040</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 979.

<sup>1041</sup> TAUBE, thèse, p. 24.

<sup>1042</sup> DIETZI, Der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes?, p. 76; STRATENWERTH, Geldwäscherei – ein Lehrstück der Gesetzgebung, p. 117; FRIEDLI, Die gebotene Sorgfalt nach Art. 305<sup>ter</sup> Strafgesetzbuch für Banken, Anwälte und Notare, p. 128 à 130.

<sup>1043</sup> PIETH, Die Aufspürung illegaler Gewinne, p. 444.

<sup>1044</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 988; CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 1, BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 8; LOMBARDINI, p. 95, N 379.

<sup>1045</sup> CASSANI, Droit pénal économique, p. 215, N 6.118.

<sup>1046</sup> Art. 3, CDB 1977; art. 3, al. 2, et les dispositions d'exécution 10 à 27, CDB 1982; art. 3 et la disposition d'exécution 18, CDB 1987; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 1.

<sup>1047</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 273.

<sup>1048</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision de la loi sur les banques du 13 mai 1970, FF 1920 I 1157, 1204.

<sup>1049</sup> Loi fédérale du 11 mars 1971 modifiant la loi sur les banques et les caisses d'épargne, RO 1971 808.

vait exiger des précisions et éclaircir l'arrière-plan économique d'une opération, non seulement lorsque celle-ci comportait un risque, mais aussi en cas d'opérations effectuées à titre fiduciaire ou lorsque des indices laissaient présumer que celles-ci étaient immorales ou illicites ou lorsqu'elles étaient compliquées, inusuelles ou importantes. Ainsi, ce principe basé sur le droit de la surveillance interdisait aux banques d'accepter des fonds d'origine criminelle, que ce soit par négligence ou de manière intentionnelle. Néanmoins, au début des années nonante la CFB n'avait pas encore déterminé les devoirs de diligence qui, au-delà de ceux définis la CDB, devaient faire obstacle au blanchiment d'argent. En effet, l'art. 3, al. 2, let. c, LB s'adressait – en qualité de condition personnelle de l'entreprise commerciale – avant tout aux organes dirigeants de la banque<sup>1052</sup>. Par ailleurs, la branche niait une compétence de la CFB en la matière<sup>1053</sup>. Le Parlement ne parvint pas à édicter une loi en matière de surveillance financière qui englobait aussi le secteur non bancaire. Par conséquent, l'Assemblée fédérale adopta l'art. 305<sup>ter</sup> CP qui s'appliquaient à tous les secteurs financiers<sup>1054</sup>.

Le défaut de vigilance en matière d'opérations financières est un délit de mise en danger abstrait qui protège le bien juridique collectif de l'administration de la justice pénale. Les intermédiaires financiers sont tenus de clarifier l'identité des bénéficiaires effectifs des avoirs sur lesquels portent leurs transactions dans le but de pouvoir, le cas échéant, renseigner correctement la justice et faciliter les enquêtes pénales sur l'origine des valeurs patrimoniales<sup>1055</sup>. L'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP réprime un délit propre pur (*echtes Sonderdelikt*). L'auteur doit avoir agi dans le cadre de son activité professionnelle consistant à accepter, garder en dépôt, aider à placer ou transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers dans le secteur financier<sup>1056</sup>. Dans ce contexte, LOMBARDINI précise qu'au sein d'une banque, l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP s'applique à la personne chargée d'entretenir des rapports avec la clientèle en respectant les règles internes et légales, et non pas à des personnes subordonnées<sup>1057</sup>. En re-

<sup>1050</sup> Les violations graves des obligations de diligence sont propres à remettre en question «toute garantie d'une activité irréprochable», cf. ZULAUF, Zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht, p. 379.

<sup>1051</sup> ATF 106 Ib 145 s.; ATF 108 Ib 186 s.; ATF 111 Ib 127; voir aussi PIETH, Die Aufspürung illegaler Gewinne, p. 445.

<sup>1052</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 967.

<sup>1053</sup> BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 1; LOMBARDINI p. 41, N 155, qui considère que «[...] la CFB a fait preuve d'une grande sévérité en utilisant dans un premier temps de façon très extensive, compte tenu de l'absence de toute réglementation en la matière, le concept de garantie de l'activité irréprochable contenu dans la LB [...]»

<sup>1054</sup> BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 4, N 6.

<sup>1055</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 3; LOMBARDINI, p. 95, N 382; CASSANI, Droit pénal économique, p. 215, N 6.120.

<sup>1056</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 988, 989; CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 5; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 7, N 8; CASSANI, Droit pénal économique, p. 216, N 6.124.

<sup>1057</sup> Cf. aussi LOMBARDINI, p. 97, N 386.

vanche, lorsque l'auteur agit au sein d'un intermédiaire financier, par exemple une banque, l'art. 29 CP permet d'imputer la qualité d'*intra-neus* aux organes, associés, dirigeants de fait et collaborateurs dirigeants de l'intermédiaire financier, même s'ils n'ont pas comme tâche habituelle d'accepter ou de transférer des valeurs patrimoniales. Au vu de ce qui précède, les membres du conseil d'administration d'une banque peuvent se rendre coupables de défaut de vigilance en matière d'opérations financières même s'ils n'ont pas une responsabilité opérationnelle. C'est le cas par exemple, lorsque les membres du conseil d'administration n'ont pas respecté leur devoir de surveillance et ne sont pas intervenus pour empêcher leurs subordonnés de commettre des infractions au sens de l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP<sup>1058</sup>.

La doctrine n'est pas unanime quant au fait de savoir si l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP est une infraction par commission ou une omission improprement dite<sup>1059</sup>. La commission improprement dite est punissable, pour autant qu'elle viole un devoir juridique spécial d'agir (position de garant), comme par exemple celui incombant au conseil d'administration d'un intermédiaire financier<sup>1060</sup>. En revanche, elle s'accorde sur le fait que la disposition englobe les « professionnels du secteur financier », à savoir les intermédiaires financiers selon la LBA. Partant, alors même que l'entrée en vigueur de la LBA est postérieure à celle de l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP la notion « d'intermédiaire financier » découlant de l'art. 2 LBA, s'applique également pour décrire les activités auxquelles se livrent les auteurs de l'infraction de défaut de vigilance en matière d'opérations financières<sup>1061</sup>. Par ailleurs, la norme inclut également les personnes exerçant une activité d'intermédiaire financier sans être au bénéfice de l'autorisation nécessaire<sup>1062</sup>. Outre les banques et les instituts financiers, elle désigne notamment les experts-comptables de sociétés fiduciaires, les conseillers en placements, les administrateurs financiers, les agents de change, les marchands de métaux précieux et les avocats d'affaires n'agissant pas dans le cadre d'activités typiques<sup>1063</sup>. L'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP

---

<sup>1058</sup> CASSANI, Droit pénal économique, p. 217, N 6.129.

<sup>1059</sup> CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 18; STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II-2013, par. 57, N 52; PK StGB TRECHSEL/PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 6, ATF 134 IV 307, p. 310; *contra* GRABER, thèse, p. 186.

<sup>1060</sup> CASSANI, Droit pénal économique, p. 219, N 6.139 et la note de bas de page n° 199, qui mentionne que la violation intentionnelle des obligations de vérification de l'identité de l'ayant droit économique peut tomber sous le coup de l'art. 305<sup>ter</sup> et de l'art. 305<sup>bis</sup> CP.

<sup>1061</sup> BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 9; CR CP II-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 6; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, Strafrecht IV, p. 514; STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II-2013, par. 57, N 48; Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1073.

<sup>1062</sup> LOMBARDINI, p. 96, N 383 qui cite l'arrêt du Tribunal fédéral 6S.273/2002 du 27 octobre 2003, consid. 3.1.

<sup>1063</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 988; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 8. Après l'entrée en vigueur de l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP la notion d'intermédiaire financier a été davantage précisée dans l'OBA-FINMA et dans la Circulaire FINMA 2011/1 du 20 octobre 2010, « Activité d'in-

s'applique également au secteur non bancaire, alors que ce secteur n'était pas soumis à une surveillance en matière de blanchiment d'argent à l'époque. Le législateur a donc créé une disposition de droit public avec une obligation d'identification qui devait s'appliquer à l'ensemble du secteur financier<sup>1064</sup>.

L'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP ne contient aucune définition de la notion d'ayant droit économique. Toutefois, le Message du Conseil fédéral précise que celle-ci émane de la CDB<sup>1065</sup>. La CDB 2020 règle l'identification formelle de l'ayant droit économique et du détenteur du contrôle (art. 21 s. CDB 2020). La LBA prévoit que l'ayant droit économique doit toujours être une personne physique (art. 4, al. 2, LBA). En outre, elle contient une définition du détenteur du contrôle d'une société opérationnelle (art. 2a, al. 3, LBA)<sup>1066</sup>. Enfin la LBA révisée et adoptée par l'Assemblée fédérale en mars 2021 a introduit l'obligation de vérifier systématiquement l'identité de l'ayant droit économique (art. 4, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, nLBA)<sup>1067</sup>. Selon le Tribunal fédéral, la détermination de l'ayant droit économique doit se fonder sur des critères économiques, sans égard aux constructions juridiques formelles<sup>1068</sup>.

Selon l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP l'intermédiaire financier doit identifier l'ayant droit économique avec la vigilance requise par les circonstances. Le Message du Conseil fédéral précise que cette réserve n'entend pas seulement tenir compte des particularités de certaines professions spécifiques, mais elle invite aussi de manière plus générale à respecter le principe de la proportionnalité dans l'interprétation du devoir d'identification<sup>1069</sup>. À cet égard, le Tribunal fédéral a précisé que la CDB ne représente qu'une aide pour l'interprétation de la norme pénale et que le juge peut, selon le cas d'espèce et l'étendue des vérifications à effectuer, se montrer plus sévère dans son interprétation<sup>1070</sup>. Toutefois, cette jurisprudence n'est probablement plus d'actualité, si l'on considère que s'agissant de la vérification de l'identité du cocontractant, de l'ayant droit économique et du détenteur du contrôle, les art. 35, 40, al. 4 et art. 41, al. 3, OBA-FINMA opèrent un renvoi à la CDB<sup>1071</sup>. Par ailleurs, depuis l'entrée en vigueur

---

termédiaire financier au sens de la LBA » ainsi que dans l'OBA qui détermine les critères relatifs à une activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel.

<sup>1064</sup> PIETH, Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz, p. 22; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 9.

<sup>1065</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 989; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 8.

<sup>1066</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 24.

<sup>1067</sup> Concernant la loi sur le blanchiment d'argent révisée le lecteur est renvoyé à la partie II, titre II, chapitre 9.1.

<sup>1068</sup> ATF 125 IV 139, p. 143 qui cite notamment, GRABER, thèse, p. 187 s. et PK StGB TRECHSEL/PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 9.

<sup>1069</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 989.

<sup>1070</sup> ATF 125 IV 139, p. 143; CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 40; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 20.

<sup>1071</sup> BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 21.

de la LBA, tous les intermédiaires financiers sont soumis à des exigences minimales identiques s'agissant de l'identification de l'ayant droit économique<sup>1072</sup>.

L'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP réprime la violation intentionnelle d'un devoir de vigilance, y compris par dol éventuel<sup>1073</sup>. L'intention doit englober tous les éléments constitutifs de l'infraction: soit, l'auteur doit être un intermédiaire financier, les circonstances commandent des mesures d'identification qu'il doit prendre et la personne identifiée n'est pas l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales<sup>1074</sup>. Par ailleurs, celui qui ne remplit pas cette obligation – alors qu'il savait qu'il devait agir – est punissable. En effet, d'après le Message du Conseil fédéral «[...] *En tant qu'infraction intentionnelle, la norme exige la connaissance des conditions effectives imposées au devoir d'identification et les possibilités d'actions. En règle générale cependant, la norme pénale vise également celui qui néglige consciemment ses obligations en refusant de voir [...].*»<sup>1075</sup> Au vu de ce qui précède, viole intentionnellement son devoir de vigilance, l'intermédiaire financier qui se rend compte qu'il est en présence d'éléments qui devraient le conduire à faire des vérifications, mais qui y renonce<sup>1076</sup>. S'agissant de la jurisprudence relative à la violation de l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP et à l'exception d'une affaire isolée en matière de blanchiment d'argent<sup>1077</sup>, dont l'appréciation a été critiquée par PIETH<sup>1078</sup>, les tribunaux sont beaucoup moins disposés à accepter des erreurs factuelles dans le cadre de l'identification de l'ayant droit économique<sup>1079</sup>.

Le délai de prescription pour défaut de vigilance en matière d'opérations financières est de sept ans (97, al. 1, let. d, CP). Toutefois, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>1080</sup>, le défaut de vigilance est un délit continu, qui perdure jusqu'au moment où l'ayant droit économique a été correctement identifié ou, si cela n'est jamais le cas, jusqu'à la fin de la relation d'affaires impliquant un devoir d'identification de l'ayant droit économique. Par conséquent ces deux moments marquent le point de départ et la fin de la prescription pénale<sup>1081</sup>.

---

<sup>1072</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 31, N 32; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 21, N 22.

<sup>1073</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 990; CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 41; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 29; GRABER, thèse, p. 204; LOMBARDINI, p. 97, N 390.

<sup>1074</sup> BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 30; GRABER, thèse, p. 205; CASSANI, Droit pénal économique, p. 225, N 6.164.

<sup>1075</sup> Message CP 1989, FF 1989 II 961, 990.

<sup>1076</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 42; CASSANI, Droit pénal économique, p. 225, N 6.165.

<sup>1077</sup> ATF 129 IV 238, consid. 3; en l'occurrence, le Tribunal fédéral avait retenu que «*Celui qui est faussement convaincu que les fonds provenant d'un trafic de drogue ne peuvent, en raison de l'écoulement du temps, plus être séquestrés, agit sous l'empire d'une erreur sur les faits*»; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 31.

<sup>1078</sup> PIETH considère que le prévenu s'est trompé sur la condition juridique de la punissabilité et non pas sur la provenance délictuelle des valeurs patrimoniales; cf. BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>bis</sup> N 61.

<sup>1079</sup> BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 31, N 32.

<sup>1080</sup> ATF 136 IV 127, p. 128; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_503/2015 du 24 mai 2016, consid. 5.4.2.

### 4.3 Abolition des formulaires B, Circulaire CFB 91/3 et CDB 1992

Le 3 décembre 1984 un avocat ouvrit un compte auprès d'un établissement bancaire à Bâle et indiqua agir dans le cadre de son activité professionnelle. En réalité, le compte était utilisé par le trafiquant de stupéfiants William R. Gilchrist qui, en peu de temps, y versa plusieurs centaines de milliers de dollars américains. L'argent était ensuite investi par l'avocat et ses partenaires dans une société d'investissement qui, à son tour, versait l'argent sur d'autres comptes de sociétés appartenant à Gilchrist<sup>1082</sup>.

Ainsi, l'utilisation du formulaire B était incompatible avec l'exigence de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la diligence requise par les circonstances, exigée par l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP. Par ailleurs, le TF<sup>1083</sup> avait établi depuis fort longtemps que seule l'activité typique de l'avocat était couverte par le secret professionnel. Fort de ce constat, la CFB interdit les formulaires B dans sa Circulaire 91/1 en se basant sur l'exigence de présenter toute garantie d'une activité irréprochable (art. 3, al. 2, let. c, LB). Toutefois, elle prévoit des exceptions<sup>1084</sup> pour certaines activités typiques strictement réservées aux notaires et avocats<sup>1085</sup>.

La même année, la CFB adopta la Circulaire CFB 91/3 et concrétisa ainsi sa pratique relative à la garantie d'exercer une activité irréprochable (art. 3, al. 2, let. c, LB) et celle liée à une organisation interne adéquate (art. 3, al. 2, let. a, LB). Cette dernière comprenait l'obligation d'édicter des instructions internes, de former le personnel ainsi que de désigner un service interne de lutte contre le blanchiment d'argent, dont les tâches pouvaient aussi être déléguées à un prestataire externe. Les nouvelles dispositions qui, devaient aussi fournir des éléments d'interprétation pour la mise en œuvre des infractions de blanchiment d'argent, entrèrent en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1992. Par ailleurs, la Circulaire CFB 91/3 intégrait désormais les recommandations du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire de la Banque des Règlements Internationaux du 12 décembre 1988, les recommandations du GAFI du 7 août 1990 ainsi que les dispositions de la Directive 91/208/CEE de l'UE<sup>1086</sup>.

<sup>1081</sup> ATF 134 IV 307, p. 311; CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 21; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 35; LOMBARDINI, p. 97, N 391.

<sup>1082</sup> PIETH, *Die Praxis der Geldwäscherei*, p. 16 à 17.

<sup>1083</sup> ATF 112 Ib 608, consid. 3.

<sup>1084</sup> Ces exceptions comprenaient les versements liés aux frais de sûretés, les paiements en faveur ou de la part d'une partie, les paiements liés aux partages successoraux, les virements liés à la liquidation d'un régime matrimonial dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation, les avoirs sur des comptes bloqués ou de consignation pour des avances de frais ou les valeurs patrimoniales dont l'appartenance était litigieuse dans le cadre d'autres contestations de droit civil ou de procédures arbitrales.

<sup>1085</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1990, p. 165 s.

<sup>1086</sup> Directive 91/208/CEE du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux du Conseil des Communautés européennes, JO L 166 du 28 juin 1991, p. 77 à 82.



En revanche, la CFB renonça à régler de façon autonome les modalités relatives à l'identification des contreparties dans sa Circulaire CFB 91/3 et opéra un renvoi à l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP ainsi qu'aux dispositions pertinentes de la CDB 1992<sup>1087</sup>. Par ailleurs, la Circulaire CFB 91/3 ne prévoyait pas une obligation d'examiner périodiquement l'ensemble des relations d'affaires d'un client et d'établir un profil client. Ainsi, les banques se limitaient à analyser les transactions suspectes de manière isolée sans les comparer et les plausibiliser à l'aide des informations contenues dans un profil client (profil KYC)<sup>1088</sup>. Selon PIETH, cette lacune représentait un maillon faible de la législation suisse et internationale de la lutte contre le blanchiment d'argent<sup>1089</sup>.

Enfin, la Circulaire CFB 91/3 contenait une annexe avec des exemples de transactions inhabituelles<sup>1090</sup>. Par ailleurs, elle décrivait la procédure à suivre en cas des soupçons de blanchiment d'argent. Ainsi, les banques pouvaient soit rompre la relation d'affaires, soit effectuer une communication aux autorités de poursuite pénale<sup>1091</sup>. Toutefois, en vertu du droit en vigueur à l'époque, une telle communication pouvait constituer une violation du secret bancaire. Inversement, si la banque omettait de communiquer ses soupçons aux autorités de poursuite pénale, elle risquait de se rendre coupable de blanchiment d'argent<sup>1092</sup>. Ainsi, il était devenu de plus en plus urgent de régler dans une loi fédérale la possibilité pour les banques de communiquer des soupçons de blanchiment d'argent sans violer le secret bancaire.

Selon DIETZI, certaines dispositions de la Circulaire CFB 91/3 n'étaient pas pertinentes. Ainsi, selon cet auteur, les besoins de discrétion et de confidentialité accrus et l'ouverture de comptes numérotés ne pouvaient pas être qualifiés de critères inhabituels, car les clients ordinaires pouvaient aussi ressentir le besoin de protéger leur sphère privée. En outre, l'idée d'établir une liste de pays à risques accrus était impraticable et discriminatoire. Fallait-il inclure les États-Unis sur une telle liste en raison du trafic de stupéfiants important dans ce pays? Enfin, selon cet auteur, il n'était pas possible d'établir un profil client, car les banques disposaient de trop nombreuses relations d'affaires et les transactions n'étaient pas regroupées et analysées de manière consolidée<sup>1093</sup>.

---

<sup>1087</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1991, p. 220; PIETH, Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz, p. 6.

<sup>1088</sup> Circulaire CFB 91/3, N 18 s.

<sup>1089</sup> PIETH, Die Aufspürung illegaler Gewinne, p. 446.

<sup>1090</sup> La liste contenait notamment les exemples suivants: un besoin de discrétion et de confidentialité accru, l'ouverture de comptes numérotés, l'utilisation de pseudonymes ou de sociétés de domicile, le fait de choisir un service de banque restante, les virements depuis ou vers des juridictions *offshore*; voir aussi ZUBERBÜHLER, Banken als Hilfspolizisten zur Verhinderung der Geldwäscherei?, p. 54.

<sup>1091</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1991, p. 220 à 222.

<sup>1092</sup> Message CP 1993, FF 1993 III 270 s.



La CDB 1992 fut adaptée aux nouvelles exigences de la Circulaire CFB 91/3 et entra en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1992. La nouvelle version contenait les modifications suivantes par rapport à la version de 1987 :

- le seuil pour l’identification de clients occasionnels lors d’opérations au comptant fut abaissé de 100 000 CHF à 25 000 CHF; ce qui impliquait que lors d’opérations supérieures à ce montant, il était nécessaire de clarifier si le cocontractant était l’ayant droit économique des valeurs patrimoniales<sup>1094</sup>;
- les formulaires B furent interdits. Les exceptions prévues à cet effet dans la Circulaire CFB 91/1 pour les avocats et notaires furent transposées dans la CDB 1992. Les avocats et notaires n’étaient pas tenus de divulguer l’identité des ayants droit économiques qu’ils représentaient s’ils confirmaient, au moyen du formulaire R, que la nature du mandat tombait exclusivement sous l’une des rubriques prévues à cet effet<sup>1095</sup>;
- la CDB 1992 prévoit de nouvelles règles pour identifier les ayants droit économiques des trusts et des comptes de dépôts des intermédiaires financiers agissant à titre professionnel<sup>1096</sup>;
- enfin, concernant le défaut de vigilance en matière d’opérations financières, elle opéra un renvoi à l’art. 305<sup>er</sup>, al. 1, CP<sup>1097</sup>.

Selon PIETH, l’abrogation des formulaires B par la Circulaire CFB 91/1 et l’introduction du formulaire R par la CDB 1992 ont permis de lever l’anonymat des clients faisant recours à ces prestations. Toutefois, ce durcissement a eu comme conséquence que l’utilisation de sociétés *offshore*, lors de l’ouverture de relations d’affaires auprès des banques, a augmenté<sup>1098</sup>. Cet exemple montre comment une réglementation plus stricte pour lutter contre le blanchiment d’argent peut engendrer des effets collatéraux indésirables.

#### 4.4 Premier cycle d’évaluations mutuelles de la Suisse par le GAFI en 1993

En 1993, la Suisse passa la première évaluation mutuelle du GAFI et obtint globalement une appréciation positive. Le GAFI arriva aux conclusions suivantes :

<sup>1093</sup> DIETZI, Der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes?, p. 77 et p. 83 à 86.

<sup>1094</sup> Art. 2, disposition d’exécution 15, CDB 1992; art. 3, al. 2, CDB 1992; Rapport de gestion de la CFB, 1992, p. 228.

<sup>1095</sup> Art. 5, let. a à c, disposition d’exécution 39, CDB 1992; Rapport de gestion de la CFB, 1992, p. 228.

<sup>1096</sup> Art. 2, dispositions d’exécution 11 à 17, CDB 1992; art. 3, dispositions d’exécution 18 à 28, CDB 1992; Rapport de gestion de la CFB, 1992, p. 228.

<sup>1097</sup> Art. 6, disposition d’exécution 40, CDB 1992; ROTH, Die Spielregeln des Private Banking, p. 234 à 235, chap. 5.1.

<sup>1098</sup> PIETH, Die Praxis der Geldwäscherei, p. 16 à 17.

- les dispositions pénales suisses pour incriminer le blanchiment d'argent ainsi que les mesures pour identifier les clients et les ayants droit économiques étaient en parfaite conformité avec les recommandations du GAFI et allaient même au-delà de ce qui était requis<sup>1099</sup>;
- le GAFI prit note du projet législatif concernant la révision du droit de la confiscation, la punissabilité de l'organisation criminelle et le droit de communiquer<sup>1100</sup>, mais critiqua l'absence de réglementation pour le secteur financier non bancaire<sup>1101</sup>.

En résumé, le GAFI conclut que «[...] *Les avancées réalisées par la Suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent méritent d'être reconnues, et beaucoup d'aspects du système suisse pourraient servir d'exemple à d'autres pays membres pour leur propre mise en œuvre des recommandations du GAFI [...].*»<sup>1102</sup> Il s'ensuit qu'à l'époque, la Suisse occupait un rôle précurseur dans la lutte contre le blanchiment d'argent. Selon PIETH, cela n'était guère surprenant si l'on considère que différentes affaires avaient défrayé la chronique dans les années quatre-vingt (cf. notamment l'affaire *Lebanon Connection*<sup>1103</sup>). Néanmoins, il était plutôt surprenant de constater que la Suisse était devenue en si peu de temps «l'élève modèle» dans la lutte contre le blanchiment d'argent<sup>1104</sup>. Ainsi, à la suite de l'examen mutuel de 1993 le GAFI formula les deux critiques suivantes: la Suisse n'avait pas encore mis en œuvre un système pour communiquer les soupçons de blanchiment d'argent et les dispositions anti-blanchiment existantes n'étaient pas applicables au secteur financier non bancaire.

## 5. Deuxième train de mesures pour lutter contre le blanchiment d'argent et la criminalité organisée

Les travaux préparatoires relatifs aux infractions de blanchiment d'argent avaient mis en évidence des lacunes dans les domaines liés à la répression du blanchiment d'argent. Par ailleurs, il était nécessaire de combler ces lacunes législatives suite à la ratification par la Suisse, le 11 mars 1993, de la Convention de Strasbourg. Pour y remédier, le Conseil fédéral élaborait un nouveau projet législatif qu'il publia en juin 1993<sup>1105</sup>. Cette révision prévoyait: une refonte des dispositions relatives à la confisca-

---

<sup>1099</sup> GAFI, Rapport annuel IV, 1992-1993, p. 14 à 15, par. 64 à 65 et Rapport de gestion de la CFB, 1993, p. 172.

<sup>1100</sup> Message CP 1993, FF 1993 III 269 s.

<sup>1101</sup> GAFI, Rapport annuel IV, 1992-1993, p. 15, par. 65.

<sup>1102</sup> GAFI, Rapport annuel IV, 1992-1993, p. 15, par. 67 et Rapport de gestion de la CFB, 1993, p. 173.

<sup>1103</sup> Cf. partie II, titre I, chapitre 2.4.

<sup>1104</sup> PIETH, Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz, p. 5.

<sup>1105</sup> Message CP 1993, FF 1993 III 269, cf. aussi TAUBE, thèse, p. 26.

tion (art. a58 s. aCP), l'incrimination de la participation et du soutien à une organisation criminelle (art. 260<sup>ter</sup> CP), un droit de communiquer les soupçons de blanchiment d'argent (art. 305<sup>ter</sup> CP) et une infraction pénale relative à la punissabilité de l'entreprise (art. 100<sup>quater</sup> à 100<sup>sexies</sup> AP-CP)<sup>1106</sup>. Cette dernière proposition fut toutefois abandonnée pour n'être reprise qu'à l'occasion de la révision de la partie générale du CP<sup>1107</sup>. Par ailleurs, le projet de loi proposait de créer une nouvelle entité<sup>1108</sup> fédérale pour coordonner les procédures pénales en cours, recueillir des informations sur les organisations criminelles et assurer un échange avec les homologues étrangers. Cette démarche était compréhensible, si l'on considère qu'à l'époque la poursuite des infractions pénales relevait principalement de la compétence des cantons. Or, comme le crime organisé avait atteint d'importantes dimensions au niveau intercantonal et international, il était nécessaire de prévoir une entité de poursuite centralisée<sup>1109</sup>.

Les dispositions relatives à la punissabilité de l'organisation criminelle, à la confiscation ainsi que celles relatives au droit de communiquer furent adoptées à l'unanimité, sans aucune modification de fond, par les deux Chambres fédérales le 18 mars 1994 et entrèrent en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1994<sup>1110</sup>. Cette modification comportait trois volets :

- l'introduction de l'art. 260<sup>ter</sup> CP réprimant la participation et le soutien à l'organisation criminelle ;
- la révision des art. 58 à 60 aCP régissant la confiscation pénale et prévoyant un régime particulier pour les fonds appartenant aux organisations criminelles ; ainsi que
- l'introduction d'un deuxième alinéa à l'art. 305<sup>ter</sup> CP, régissant le droit de communiquer les soupçons de blanchiment d'argent du financier<sup>1111</sup>.

### 5.1 Organisation criminelle (art. 260<sup>ter</sup> CP)

Le Conseil fédéral était préoccupé que la criminalité organisée puisse utiliser la place financière suisse pour administrer des valeurs patrimoniales d'origine délictuelle et in-

<sup>1106</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 276 à 277, AP-CP, FF 1993 III 269, 287 à 318.

<sup>1107</sup> BSK StGB-PIETH ad Vor Art. 305<sup>bis</sup> N 20 et Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN ad Art. 260<sup>ter</sup> StGB N 80.

<sup>1108</sup> Loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération (RS 360; RO 1995 880).

<sup>1109</sup> Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN ad Art. 260<sup>ter</sup> StGB N 86 et N 87.

<sup>1110</sup> Message CP 1993, FF 1993 III 269; code pénal suisse, code pénal militaire, révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier, modification du 18 mars 1994, RO 1994 1614, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1994.

<sup>1111</sup> CASSANI URSULA, L'argent des organisations criminelles : à propos du deuxième train de mesures contre le crime organisé, in: THÉVENOZ LUC, Journée 1994 de droit bancaire et financier, éditions Stämpfli, Berne, 1994, p. 59; Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1062.

filtrer l'économie légale<sup>1112</sup>. Dans des situations où il n'était plus possible de reconstituer la chaîne de causalité ayant conduit à l'infraction concrète, il fallait définir les éléments constitutifs de l'organisation criminelle. Les critères traditionnels d'imputabilité, basés sur la responsabilité pénale individuelle, n'étaient guère pertinents. Il était donc indispensable de créer une norme susceptible d'étendre la punissabilité de l'infraction particulière au-delà de l'appartenance et du soutien à une organisation criminelle. Il fallait inclure dans cette nouvelle norme la participation, la tentative et les actes préparatoires délictueux. La gestion financière de fonds d'origine illégale pour le compte d'une organisation criminelle était une forme aggravée du blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup>, ch. 2, CP). Dans ce contexte, il paraissait donc illogique de ne pas pouvoir réprimer le soutien à une organisation criminelle. Par ailleurs, l'absence d'une définition de l'organisation criminelle constituait une lacune dans l'entraide pénale. En effet, pour certains pays, la réciprocité était une condition essentielle pour l'octroi de l'entraide. Le nouvel article 260<sup>ter</sup> CP devait combler ces lacunes<sup>1113</sup>.

L'art. 260<sup>ter</sup> CP réprime la participation et le soutien à une organisation criminelle dont le but consiste à commettre des crimes violents ou à se procurer un enrichissement par des moyens criminels<sup>1114</sup>. Selon le Message du Conseil fédéral, il faut trois personnes pour conclure à l'existence d'une organisation criminelle, mais la «[...] *structure de l'organisation doit être solide, favorisant des préparatifs objectivement reconnaissables, entrepris de manière systématique et conformément à un plan [...]*»<sup>1115</sup>. Par ailleurs, l'organisation criminelle tient sa structure et son effectif secrets (art. 260<sup>ter</sup> CP). D'après le Message du Conseil fédéral, il doit s'agir d'une «dissimulation qualifiée et systématique» de la structure, qui est atteinte par une vue globale de l'organisation et un «[...] *haut degré de spécialisation et de division des tâches, et qui réserve aux seuls organes suprêmes [...]*»<sup>1116</sup>. Le secret est favorisé par des règles internes de discipline et les codes d'honneur, la solidarité ethnique ainsi que les mesures d'assistance accordées aux membres inculpés ou condamnés et à leurs proches<sup>1117</sup>.

Avec l'introduction de l'art. 260<sup>ter</sup> CP, il devint possible de confisquer les valeurs patrimoniales d'une organisation criminelle, et ce, indépendamment de leur source et de leur destination. En effet, la nouvelle disposition instaurait une présomption réfraga-

---

<sup>1112</sup> Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN ad Art. 260<sup>ter</sup> StGB N 82.

<sup>1113</sup> Message CP 1993, FF 1993 III 269, 287 à 288.

<sup>1114</sup> CASSANI, Droit pénal économique, p. 226, N 6.173.

<sup>1115</sup> Message CP 1993, FF 1993 III 269, 290.

<sup>1116</sup> Message CP 1993, FF 1993 III 269, 291.

<sup>1117</sup> CASSANI URSULA, L'argent des organisations criminelles : à propos du deuxième train de mesures contre le crime organisé, in: THÉVENOZ LUC, Journée 1994 de droit bancaire et financier, éditions Stämpfli, Berne, 1994, p. 61.

ble du contrôle des valeurs patrimoniales par le crime organisé et punissait les personnes participant ou soutenant une telle organisation dans son activité criminelle<sup>1118</sup>. Enfin, la LBA se réfère également à l'art. 260<sup>ter</sup> CP et impose aux intermédiaires financiers les mêmes obligations de diligence qu'en matière de blanchiment d'argent<sup>1119</sup>. Malheureusement, l'adoption de l'art. 260<sup>ter</sup> CP n'a pas permis le tournant attendu dans la lutte contre le blanchiment d'argent. En effet, les condamnations des organisations criminelles ne se sont pas produites comme cela avait été espéré<sup>1120</sup>, notamment du fait que le critère impératif du secret de l'organisation criminelle est difficilement rempli dans la pratique<sup>1121</sup>.

Le 25 septembre 2020, l'Assemblée fédérale a adopté plusieurs modifications législatives afin d'assouplir les conditions de la punissabilité de l'organisation criminelle, d'une part, et, pour ratifier le Protocole additionnel de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, d'autre part. Au cœur de ces modifications se trouve la révision de l'art. 260<sup>ter</sup> CP qui d'abord, criminalise le terrorisme en tant que tel; ensuite, renonce au critère impératif du secret de l'organisation criminelle et, enfin, supprime la condition liée à l'activité criminelle de l'organisation<sup>1122</sup>. En effet, jusqu'ici, l'auteur qui n'était pas membre d'une organisation criminelle devait, au moins par dol éventuel, soutenir celle-ci dans son activité criminelle<sup>1123</sup>. La typicité de l'art. 260<sup>ter</sup> CP a été donc modifiée en conséquence. Les autorités de poursuite pénale pourront désormais déterminer si l'acte de soutien est propre à renforcer l'organisation en tant que telle et à accroître la menace qui en émane<sup>1124</sup>. La peine encourue pour les personnes exerçant une influence déterminante au sein de l'organisation criminelle est de trois ans au moins et de 20 ans au plus. En outre, l'art. 260<sup>sexies</sup> nCP, réprime par une peine privative de liberté de cinq ans au plus, le recrutement, la formation et le voyage en vue d'un acte terroriste, ainsi que les activités de financement

<sup>1118</sup> PIETH/AIOLFI, *Anti-Money Laundering: Levelling the Playing Field*, p. 20.

<sup>1119</sup> CASSANI, *Droit pénal économique*, p. 227, N 6.174.

<sup>1120</sup> BASSE-SIMONSOHN, *Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen*, p. 98.

<sup>1121</sup> Message du Conseil fédéral du 14 septembre 2018 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, FF 2018 6469, p. 6509.

<sup>1122</sup> Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé du 25 septembre 2020, FF 2020 7651, p. 4 et 5.

<sup>1123</sup> Dans le même sens CASSANI, *Droit pénal économique*, p. 233, N 6.204.

<sup>1124</sup> Message du Conseil fédéral du 14 septembre 2018 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, FF 2018 6469, p. 6509 à 6511.

connexes<sup>1125</sup>. Finalement, la loi interdisant Al-Qaïda et l'État islamique sera abrogée et remplacée par une disposition dans la loi sur les renseignements qui n'est pas limitée dans le temps<sup>1126</sup>.

## 5.2 Confiscation (art. 58 s. aCP)

Dans le cadre du deuxième train de mesures, le Conseil fédéral proposa de réviser la confiscation des valeurs patrimoniales afin de doter les autorités de poursuite et de jugement d'un instrument efficace dans la répression du blanchiment d'argent et de la criminalité organisée<sup>1127</sup>. Le juge pouvait désormais prononcer la confiscation des valeurs patrimoniales résultant d'une infraction ou destinées à récompenser l'auteur, et ce alors même qu'aucune personne n'était punissable ou identifiable (art. 59, ch. 1, aCP)<sup>1128</sup>. En effet, il était désormais possible de confisquer toutes les valeurs patrimoniales soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle au sens d'une *confiscatio generalis* (art. 59, ch. 3, aCP). Un tel pouvoir était présumé de manière réfragable pour les personnes participant ou soutenant une organisation criminelle au sens de l'art. 260<sup>ter</sup> CP. Il s'ensuit que, le prévenu pouvait renverser le fardeau de la preuve en démontrant l'inexactitude de cette présomption<sup>1129</sup>. Par ailleurs, le juge obtint la possibilité d'estimer le montant des valeurs soumises à confiscation (art. 58 aCP). En outre, une séparation fut opérée entre la confiscation d'objets dangereux comme mesure de sécurité préventive (art. 58 aCP) et la confiscation de valeurs patrimoniales visant à absorber des profits illicites (art. 59, ch. 1, aCP). Enfin, un délai de prescription de cinq ans fut retenu (art. 59, ch. 1, 3<sup>e</sup> alinéa, aCP) avec la possibilité de prévoir un alignement sur un délai de plus longue durée, attaché à une infraction plus grave, selon les art. 70 s. aCP<sup>1130</sup>. Les nouvelles dispositions proposées par le Conseil fédéral furent acceptées<sup>1131</sup>. Aujourd'hui, le juge peut prononcer la confiscation des

---

<sup>1125</sup> Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé du 25 septembre 2020, FF 2020 7651, p. 5.

<sup>1126</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 interdisant les groupes «Al-Qaïda» et «État islamique» et les organisations apparentées (RS 122); Loi fédérale du 25 septembre 2015 sur les renseignements (LRens; RS 121).

<sup>1127</sup> Message CP 1993, FF 1993 III 269, 297; cf. aussi Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, THOMMEN ad Vor 69 à 73 StGB N 73.

<sup>1128</sup> Message CP 1993, FF 1993 III 269, 297, 298; cf. aussi Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, THOMMEN ad Vor 69 à 73 StGB N 73.

<sup>1129</sup> Message CP 1993, FF 1993 III 269, 307 à 312; cf. aussi Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, THOMMEN ad Vor 69 à 73 StGB N 83; BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, p. 94.

<sup>1130</sup> Message CP 1993, FF 1993 III 269, 297, 306 à 307; cf. aussi Kommentar Vermögen 2018, THOMMEN ad Vor 69 à 73 StGB N 73 et N 80.

<sup>1131</sup> Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, THOMMEN ad Vor 69 à 73 StGB N 83 et les références citées.

valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui sont destinées à récompenser l'auteur d'une infraction (art. 70 CP) ou encore qui se trouvent dans le pouvoir de disposition d'une organisation criminelle (art. 72 CP)<sup>1132</sup>.

### 5.3 Droit de communication (art. 305<sup>ter</sup>, al. 2, CP)<sup>1133</sup>

Dans les années nonante, il devint de plus en plus urgent de prévoir une disposition législative pour permettre au secteur financier de communiquer ses soupçons de blanchiment d'argent sans devoir violer le secret bancaire (art. 43 LB), le secret boursier (art. 43 aLBVM) ou encore le secret d'affaires (art. 162 CP)<sup>1134</sup>. Ainsi, un fait justificatif fut introduit à l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 2, CP afin de permettre au secteur financier d'informer les autorités de poursuite cantonales, en cas d'indices de blanchiment d'argent<sup>1135</sup>. En dehors de la nécessité pratique d'introduire un tel droit, la Suisse était également sous pression internationale, car la R. 16/1990<sup>1136</sup> du GAFI préconisait l'institution d'un droit ou d'une obligation de communiquer.

Les milieux bancaires combattirent fortement le droit de communiquer les soupçons de blanchiment d'argent. Cette réticence se reflétait aussi dans le nombre de communications effectuées auprès des autorités de poursuite cantonales : celles-ci s'élevaient entre 30 et 40 communications par année<sup>1137</sup>. En effet, les banques couraient le risque de devoir payer des dommages et intérêts, si les autorités de poursuite pénale décidaient de ne pas entrer en matière sur une communication se fondant sur l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 2, CP et que la banque avait de ce fait communiqué ses soupçons de manière prématurée en divulguant des informations des clients de manière injustifiée<sup>1138</sup>.

<sup>1132</sup> Pour un résumé concis des dispositions et de la jurisprudence pertinente consulter LOMBARDINI, p. 126, N 488 s.

<sup>1133</sup> Message CP 1993, FF 1993 III 269; code pénal suisse, code pénal militaire, révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier, modification du 18 mars 1994, RO 1994 1614, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1994.

<sup>1134</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 49 et 50; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 38; LOMBARDINI, p. 147, N 561.

<sup>1135</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 48; BSK StGB-PIETH ad Art. 305<sup>ter</sup> N 39, REINLE, Die Meldepflicht im GwG, p. 7, N 15.

<sup>1136</sup> La Recommandation 16/1990 prévoyait que « Si les institutions financières suspectent que des fonds proviennent d'une activité criminelle, elles devraient être autorisées ou obligées à déclarer rapidement leurs soupçons aux autorités compétentes. En conséquence, des dispositions législatives devraient protéger les institutions financières et leurs employés contre toute responsabilité, pénale ou civile, pour violation des règles de confidentialité – qu'elles soient imposées par contrat ou par toute disposition législative, réglementaire ou administrative – si ces institutions financières ont fait cette déclaration de bonne foi, même si elles ne savaient pas précisément quelle était l'activité criminelle en question, et même si l'activité illégale soupçonnée n'est pas réellement intervenue », Les recommandations du GAFI, 1990, p. 5.

<sup>1137</sup> BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, p. 98 et la note de bas de page n° 290.

<sup>1138</sup> BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, p. 98.

Il est donc d'autant plus surprenant que, dans ces circonstances, le Conseil fédéral ait mentionné dans son Message les travaux relatifs à un projet de loi fédérale visant à lutter contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier qui contenait une disposition relative à l'obligation de communiquer les soupçons de blanchiment d'argent<sup>1139</sup>. Selon le Conseil fédéral, l'obligation et le droit de communiquer ne s'opposaient pas mais se complétaient. En effet, le financier pouvait avoir connaissance de faits ne fondant pas nécessairement une annonce aux autorités sur la base de l'obligation de communiquer. Ainsi, en l'absence de faits clairement établis, une communication de soupçons aux autorités compétentes pouvait se justifier, mais n'était pas encore inévitable<sup>1140</sup>. Partant, le droit de communiquer (art. 305<sup>ter</sup>, al. 2, CP) n'a pas été abrogé avec l'entrée en vigueur de l'obligation de communiquer (art. 9 LBA)<sup>1141</sup>. Enfin, depuis l'adoption de la loi GAFI de 2008, le MROS est devenu le destinataire des communications<sup>1142</sup>.

Au fil des années et suite à la jurisprudence récente des tribunaux<sup>1143</sup>, la différence entre le droit et l'obligation de communiquer est devenue de moins en moins claire, au point que la LBA révisée contient désormais une définition de la notion de « soupçons fondés »<sup>1144</sup>. Les dispositions relatives à l'obligation et au droit de communiquer ont été analysées plus en détail dans l'étude de droit comparé. Le lecteur est donc renvoyé à ce chapitre<sup>1145</sup>.

## 6. Troisième train de mesures pour lutter contre le blanchiment d'argent et la criminalité organisée

L'évolution rapide des recommandations du GAFI, d'une part, et l'adoption de la Directive 91/208/CEE<sup>1146</sup> par l'UE, d'autre part, influencèrent les travaux relatifs à la loi fédérale sur le blanchiment d'argent<sup>1147</sup>. En janvier 1994, le Conseil fédéral publia un

---

<sup>1139</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 278.

<sup>1140</sup> Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1087.

<sup>1141</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 49.

<sup>1142</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 57; art. 9, al. 1, let. a, ch. 1, LBA 2009, Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, RO 2009 361, p. 363.

<sup>1143</sup> Pour un aperçu de la jurisprudence en matière d'obligation de communication, le lecteur est renvoyé à l'étude de droit comparé dans la partie I, titre III, chapitre 7.1.1.

<sup>1144</sup> Projet X 2019-0212 1 de la Commission de rédaction pour le vote final, Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA), modification du 19 mars 2021, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr/>>), consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190044/Texte%20pour%20le%20vote%20final%201%20NS%20F.pdf>> (22. 11. 2021); Modification du 19 mars 2021 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2021 668.

<sup>1145</sup> Partie I, titre III, chapitre 7.1.1.



avant-projet afin de soumettre tous les intermédiaires financiers aux mêmes obligations de diligence. Dans ce contexte, les règles de conduite dans la Circulaire CFB 91/3 et dans la CDB 1992 qui, étaient applicables au secteur bancaire, furent insérées dans l'avant-projet de loi. Par ailleurs, ce dernier prévoyait les nouveautés suivantes: une obligation de communiquer les soupçons de blanchiment d'argent; des sanctions subsidiaires à la violation de l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP en cas d'inobservation des obligations de diligence<sup>1148</sup> et l'institution de nouvelles autorités étatiques pour la surveillance du secteur parabancaire<sup>1149</sup>. Suite aux critiques exprimées par les milieux concernés, notamment à l'égard de l'obligation de communiquer<sup>1150</sup>, le Conseil fédéral décida de consulter des experts du secteur privé et de réviser le projet de loi<sup>1151</sup>. Toutefois, l'obligation de communiquer fut maintenue, mais les sanctions pénales excessivement nombreuses dont était doté l'avant-projet furent biffées<sup>1152</sup>. En effet, selon les recommandations du GAFI de 1996, la communication de soupçons de blanchiment d'argent n'était plus facultative mais était devenue obligatoire. La loi sur la lutte contre le blanchiment d'argent fut adoptée, avec des modifications mineures, le 10 octobre 1997 et entra en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1998.

### 6.1 LBA, Circulaire CFB 98/01, CDB 1998, OBA-AdC 1999 et OBA-OFAP

L'adoption par l'Assemblée fédérale de la LBA représente un tournant dans l'histoire de la lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse. En effet, il était devenu urgent d'étendre les obligations de diligence au secteur non-bancaire (secteur parabancaire), car les études d'avocats, les sociétés de domicile et les sociétés fiduciaires étaient de plus en plus utilisées dans la phase initiale du blanchiment d'argent, afin d'introduire

<sup>1146</sup> La Directive 91/208/CEE du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux du Conseil des Communautés européennes, JO L 166 du 28 juin 1991, p. 77 à 82, a été remplacée par la Directive UE 2018/843 (cinquième Directive de l'UE de lutte contre le blanchiment d'argent).

<sup>1147</sup> BECKER, thèse, p. 49 et les références citées; CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 279.

<sup>1148</sup> Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1064.

<sup>1149</sup> Le secteur parabancaire comprend les intermédiaires financiers qui ne sont pas soumis à une surveillance prudentielle: soit les bureaux de change, les agences de transmission de valeurs patrimoniales, les sociétés fiduciaires ainsi que les gérants de fortune et des trustees. Aujourd'hui, cette dernière catégorie de professionnels est surveillée par les Organismes de Surveillance (OS), cf. partie II, titre II, chapitre 9.2.

<sup>1150</sup> Les intermédiaires financiers craignaient de devoir assumer des fonctions de police à leurs dépens et que l'obligation de communiquer puisse entraîner une avalanche de communications conduisant inévitablement à la dilution du secret bancaire et, par là, à la remise en question de l'attractivité de la place financière suisse; cf. BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, p. 109.

<sup>1151</sup> Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1065 à 1066; Rapport de gestion de la CFB, 1995, p. 191, chap. 1.1.1.2.

<sup>1152</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 279 et les références citées.

l'argent d'origine illicite dans le circuit financier légal (phase du placement)<sup>1153</sup>. En élargissant le cercle des assujettis, la LBA a introduit un standard unique pour l'ensemble des intermédiaires financiers<sup>1154</sup>. Par ailleurs, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, les commerçants doivent remplir certaines obligations de diligence en cas de paiement en espèces dépassant les 100 000 CHF<sup>1155</sup>.

Suite à la pression exercée par le GAFI<sup>1156</sup>, la Suisse adopta l'obligation de communication et prévint le blocage des avoirs incriminés. Le secteur bancaire, qui jusqu'à alors avait pu se prévaloir du droit de communiquer les soupçons de blanchiment d'argent, dut appliquer parallèlement ce nouveau régime<sup>1157</sup>. Par ailleurs, la LBA permettait d'exclure la responsabilité pénale et civile de l'intermédiaire financier si, dans le cadre de sa communication, ce dernier avait fait preuve de la diligence requise par les circonstances<sup>1158</sup>. Enfin, la violation de l'obligation de communiquer constituait une contravention pénale passible d'une amende pouvant aller jusqu'à 200 000 CHF (art. 37 aLBA)<sup>1159</sup>.

La LBA a été conçue comme une loi-cadre qui se borne à définir le cercle des destinataires, les principales obligations de diligence ainsi que les principes de surveillance<sup>1160</sup>. Les destinataires de la LBA sont les intermédiaires financiers<sup>1161</sup>. Ainsi, ses dispositions relèvent du droit administratif et ont comme objectif la lutte contre le blanchiment d'argent, le respect des obligations de diligence en matière de transactions financières et la préservation de la place financière<sup>1162</sup>. En revanche, la norme pénale qui réprime le défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP) vise à protéger les intérêts patrimoniaux individuels. Partant, elle constitue une norme de protection qui sanctionne l'acte de blanchiment d'argent et donc le véritable auteur. Par ailleurs, la violation de l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP peut fonder une prétention en dommages et intérêts (art. 41 CO), ce qui n'est pas le cas pour les violations de la LBA<sup>1163</sup>. La norme pénale et les dispositions anti-blanchiment se complètent : en effet, il ne suffit pas de punir la personne pénalement responsable ; il faut

---

<sup>1153</sup> TAUBE, thèse, p. 35.

<sup>1154</sup> BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, p. 112 ; dans le même sens CASSANI, Droit pénal économique, p. 239, N 7.1.

<sup>1155</sup> Cf. art. 8a LBA ; cf. partie II, titre II, chapitre 8.1.

<sup>1156</sup> Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1067 ; BSK StGB-PIETH ad Vor Art. 305<sup>bis</sup> N 20 ; CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 279.

<sup>1157</sup> Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1068 ss ; Rapport de gestion de la CFB, 1997, p. 189, chap. 5.

<sup>1158</sup> FF 1997 IV 723, 727 ; art. 11 LBA 1998.

<sup>1159</sup> FF 1997 IV 723, 735 ; art. 37 LBA 1998.

<sup>1160</sup> TAUBE, thèse, p. 37.

<sup>1161</sup> Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1071 ; ATF 134 III 529, p. 532.

<sup>1162</sup> Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN ad Art. 260<sup>ter</sup> StGB N 95.

<sup>1163</sup> ATF 134 III 529, p. 532 ; ATF 143 III 653, p. 661.

aussi empêcher que les avoirs d'origine délictuelle entrent dans le circuit financier légal. Pour atteindre cet objectif, il est indispensable de prévoir des obligations de diligence, dont le respect est contrôlé par les autorités de surveillance<sup>1164</sup>.

À l'époque, la surveillance du secteur bancaire et parabancaire s'articulait comme suit:

- les intermédiaires financiers soumis à une surveillance instituée par une loi spéciale<sup>1165</sup> pouvaient adhérer à une convention privée comme la CDB;
- les intermédiaires financiers du secteur parabancaire pouvaient s'affilier à un Organisme d'autorégulation (OAR);
- les intermédiaires financiers qui n'étaient pas affiliés à un OAR pouvaient se soumettre à la surveillance directe de l'Autorité de contrôle (AdC).

Ce système d'autorégulation fut instauré à la demande des intermédiaires financiers<sup>1166</sup> et devait permettre aux OAR d'ériger leurs propres règlements et d'être soumis à la reconnaissance et à la surveillance de l'AdC. Les intermédiaires financiers qui n'avaient jusqu'alors pas eu besoin d'une autorisation d'exercer en vertu d'une loi spéciale et qui ne voulaient pas s'affilier à un OAR, devaient obtenir une autorisation délivrée par l'AdC. Celle-ci examinait si les conditions d'admission étaient remplies<sup>1167</sup>. Enfin, les infractions aux obligations de diligence étaient, soit réprimées par une peine conventionnelle infligée par les OAR, soit poursuivies par les autorités pénales compétentes (violation de l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 1, CP). Les autorités de surveillance instituées en vertu d'une loi spéciale ainsi que l'AdC ne pouvaient prendre que des mesures destinées à rétablir l'ordre légal ou à prévenir de futures infractions. En cas de violations graves du droit de la surveillance, l'autorisation d'exercer pouvait néanmoins être retirée<sup>1168</sup>.

Au moment de l'entrée en vigueur de la LBA les intermédiaires financiers, soumis à une surveillance en vertu d'une loi spéciale, ne bénéficiaient pas d'un délai transitoire

<sup>1164</sup> TAUBE, thèse, p. 36 et les références citées; Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN ad Art. 260<sup>ter</sup> StGB N 94.

<sup>1165</sup> La LB, l'aLBVM et la LSA conféraient à la Commission fédérale des banques (CFB) et à l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) des compétences de surveillance prudentielles. En revanche, l'Autorité de contrôle (AdC) veillait à ce que les obligations de diligence selon la LBA soient respectées par ses assujettis. Elle n'exerçait donc pas une surveillance globale resp. prudentielle des intermédiaires financiers; cf. Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1097.

<sup>1166</sup> Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1064; cf. aussi CASSANI, Droit pénal économique, p. 254, N 7.62.

<sup>1167</sup> Art. 14, al. 2, let. a à c, aLBA, FF 1997 IV 723, 727; cette disposition contenait des exigences d'autorisation objectives et personnelles. Pour un aperçu plus détaillé des conditions d'autorisation consulter: BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, p. 134 à 135.

<sup>1168</sup> Message LBA 1996, FF 1996 III 1057, 1068 à 1070, 1099.

pour la mise en œuvre des obligations de diligence. En revanche, les OAR disposaient d'un délai d'une année pour présenter leur demande de reconnaissance et d'un délai supplémentaire de deux ans pour démarrer leur activité. Ce même délai fut octroyé aux intermédiaires financiers qui souhaitaient déposer leur demande d'autorisation auprès de l'AdC<sup>1169</sup>. Néanmoins, l'obligation de communiquer devait être mise en œuvre immédiatement par l'ensemble du secteur financier (l'art. 9 aLBA<sup>1170</sup>).

La LBA conférait à l'AdC une délégation de compétence afin qu'elle précise, dans une ordonnance d'exécution, les obligations de diligence pour les intermédiaires financiers soumis à sa surveillance<sup>1171</sup>. Ces obligations furent concrétisées dans l'OBA-AdC 1999<sup>1172</sup> qui entra en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1999. Jusqu'en 2001, l'AdC autorisa 12 OAR<sup>1173</sup> qui concrétisèrent les obligations de diligence pour leurs membres dans des règlements approuvés par l'AdC<sup>1174</sup>.

Les OAR<sup>1175</sup> ont été réorganisés suite à l'entrée en vigueur de la LEFin au 1<sup>er</sup> janvier 2020<sup>1176</sup>.

S'agissant du secteur des assurances, c'était l'OFAP qui était chargé de surveiller la mise en œuvre des dispositions de lutte contre le blanchiment d'argent des compagnies d'assurance-vie<sup>1177</sup>. Il pouvait préciser les obligations de diligence pour autant qu'aucun autre OAR ne le fasse lui-même<sup>1178</sup>. Sur cette base, l'Association Suisse d'Assurances (ASA) créa en 1998 un organisme d'autorégulation (OAR-ASA) re-

---

<sup>1169</sup> Art. 41, al. 1, al. 3, aLBA, FF 1997 IV 723, 735.

<sup>1170</sup> Art. 9 aLBA, FF 1997 IV 723, 726.

<sup>1171</sup> Art. 18, al. 1, let. e, aLBA, FF 1997 IV 723, 728.

<sup>1172</sup> Ordonnance du 25 novembre 1998 de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent concernant les obligations de diligence des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis, RO 1999 618.

<sup>1173</sup> BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, p. 148 et note de bas de page n° 433.

<sup>1174</sup> La lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse, 2003, p. 33, chap. 1.4.

<sup>1175</sup> AOOS – Organisme de surveillance pour les gestionnaires de fortune et les trustees, Association romande des intermédiaires financiers (ARIF), Organisme de Surveillance pour Intermédiaires Financiers & Trustees (SO-FIT), Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino (OAD FCT), PolyReg Association Générale d'Autorégulation, Schweizer Verband der Investmentgesellschaften (SVIG), Association Suisse des Sociétés de Leasing (ASSL), Organisme d'autoréglementation de la Fédération Suisse des Avocats et de la Fédération Suisse des Notaires (OAR FSA/FSN), Organisme d'autorégulation de l'Association Suisse d'Assurances (OAR-ASA), OAR-FIDUCIAIRE/SUISSE, Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (VQF), in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<<https://www.finma.ch/>>), la liste des OAR est disponible sous le lien Internet suivant: <<https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/bewilligungstrae ger/pdf/sro.pdf?la=fr>> (22. 11. 2021).

<sup>1176</sup> Le lecteur est renvoyé aux dispositions de la LEFin dans la partie II, titre II, chapitre 9.2.

<sup>1177</sup> Art. 12, aLBA, FF 1997 IV 723, 727.

<sup>1178</sup> Art. 16, al. 1, aLBA, FF 1997 IV 723, 728.

connu et surveillé par l'OFAP. Au fil du temps, seulement trois institutions d'assurance-vie furent surveillées directement par l'OFAP. En effet, la majorité d'entre elles étaient rattachées à l'OAR-ASA. L'OFAP précisa les obligations de diligence dans une ordonnance (OBA-OFAP<sup>1179</sup>). Celle-ci était applicable à toutes les entreprises d'assurance exerçant une activité dans le domaine de l'assurance-vie directe ou qui proposaient ou distribuaient des parts de fonds de placement en vertu de la LSA. L'OBA-OFAP prévoyait des dispositions minimales dans les domaines suivants: les obligations de diligence des institutions d'assurance, les conditions-cadres de l'autorégulation dans ce domaine ainsi que les tâches de surveillance dans la lutte contre le blanchiment d'argent de l'OFAP. Ainsi, le règlement de l'OAR-ASA devait être approuvé par l'OFAP et se fonder sur ces dispositions minimales. En revanche, l'OAR-ASA pouvait prévoir des dispositions supplémentaires ou plus sévères si elle le souhaitait<sup>1180</sup>.

En ce qui concerne la surveillance du secteur bancaire, la CFB concrétisa les obligations de diligence de la LBA dans la Circulaire CFB 98/1 et abrogea la Circulaire CFB 91/3. La CDB 1992, elle, fut remplacée par la CDB 1998 afin de tenir compte des modifications intervenues entre-temps. Ces deux réglementations entrèrent en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1998 et introduisirent principalement les nouveautés suivantes<sup>1181</sup>:

- le champ d'application de la Circulaire CFB 98/1 fut étendu aux directions de fonds et aux négociants en valeurs mobilières. En l'absence d'une autorégulation appropriée dans ces secteurs, la CDB 1998 devait être appliquée<sup>1182</sup>;
- les banques devaient respecter des dispositions spécifiques lors de l'acceptation de valeurs patrimoniales de personnes exerçant des fonctions publiques importantes à l'étranger<sup>1183</sup>;
- des éléments d'interprétation des dispositions de la LBA furent introduites, en particulier s'agissant de l'obligation de communiquer de l'art. 9 aLBA<sup>1184</sup>.

## 6.2 Deuxième cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse par le GAFI en 1998

Le GAFI ne publia pas les rapports du deuxième cycle d'évaluations mutuelles. Ainsi, s'agissant de la Suisse, les critiques principales furent résumées dans le rapport annuel du GAFI de 1998. Elles portaient principalement sur les aspects suivants:

<sup>1179</sup> Ordonnance de l'OFAP du 30 août 1999 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA), RO 1999 3063, entrée en vigueur le 30 août 1999.

<sup>1180</sup> La lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse, 2003, p. 50 à 51 et 53, chap. 2.1, 2.3 et 2.3.2.

<sup>1181</sup> CHAPPUIS/LEMBO, Les obligations du banquier, p. 43 à 44.

<sup>1182</sup> Circulaire CFB 98/01, par. 5; Rapport de gestion de la CFB 1998, chap. 2.1, p. 155.

<sup>1183</sup> Par exemple, l'interdiction d'accepter des fonds provenant de la corruption ou du détournement de biens publics, l'attention particulière à apporter à certaines relations d'affaires et leur traitement au niveau de la direction, cf. Circulaire CFB 98/01, par. 4, 9 et 15.

<sup>1184</sup> Circulaire CFB 98/01, par. 15 à 25 et par. 26 s.; Art. 9 aLBA, FF 1997 IV 723, 726.

- selon le GAFI, une lecture restrictive de l'obligation de communiquer les soupçons de blanchiment d'argent pouvait conduire à une mise en œuvre incomplète de celle-ci par les intermédiaires financiers<sup>1185</sup>;
- par ailleurs le GAFI arriva à la conclusion que: «[...] l'absence de réelles compétences de poursuite au niveau fédéral est un obstacle à des poursuites efficaces. L'introduction d'une compétence au Ministère public de la Confédération actuellement en préparation constitue un premier pas, mais paraît trop limité. Un véritable progrès consisterait à donner à la Confédération – ainsi que cela est proposé dans le projet de révision totale de la Constitution – le pouvoir de légiférer en matière de procédure pénale [...].»<sup>1186</sup>

Au vu de ce qui précède, les critiques adressées à la Suisse par le GAFI en 1998 portaient sur deux points: premièrement, l'ensemble des intermédiaires financiers devaient communiquer des potentiels clients suspects, et ce, même avant d'entamer une relation d'affaires; deuxièmement, il fallait accorder à la Confédération une compétence exclusive de légiférer en matière de procédure pénale.

Or, les intermédiaires financiers soumis à la surveillance de la CFB étaient tenus depuis 2003 déjà d'annoncer des potentiels clients suspects (art. 24 OBA-CFB). Toutefois, le 1<sup>er</sup> février 2010, cette obligation fut insérée dans la LBA<sup>1187</sup> et a permis de mettre l'ensemble des intermédiaires financiers sur un pied d'égalité.

Dans ce contexte, THELESKLAF a précisé les modalités de cette nouvelle obligation comme suit: «Die Meldepflicht besteht nach neuem Recht unter bestimmten Voraussetzungen auch vor Eingehen einer Geschäftsbeziehung. Die Meldepflicht greift, wenn der FI [Finanzintermediär] die Verhandlungen zur Aufnahme einer Geschäftsbeziehung wegen eines begründeten Verdachts abbricht. Damit steht das Schweizer Recht in dieser Hinsicht wieder näher am internationalen Standard. Dieser internationale Standard verlangt, dass in jedem Fall – vor oder nach Eingehen einer Geschäftsbeziehung – eine Meldung erfolgen muss, wenn ein Verdacht auf Geldwäscherei besteht [...] Eine Ablehnung des Kunden, in welcher Art auch immer, muss genügen [...].»<sup>1188</sup>

S'agissant de l'unification du droit de la procédure pénale au niveau fédéral, la Suisse avait reconnu, indépendamment de la critique avancée par le GAFI, qu'une fragmentation procédurale n'était plus contemporaine ni appropriée, particulièrement dans le cadre de procédures complexes liées à la criminalité économique<sup>1189</sup>. Le code de pro-

---

<sup>1185</sup> GAFI, Rapport annuel IX, 1997-1998, p. 15, par. 48.

<sup>1186</sup> GAFI, Rapport annuel IX, 1997-1998, p. 15, par. 51.

<sup>1187</sup> TAUBE, thèse, p. 33.

<sup>1188</sup> OFK 2009/GwG-THELESKLAF, ad Art. 9, Abs. 1, aGwG, N 7.

<sup>1189</sup> Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN ad Art. 260<sup>ter</sup> StGB N 121, N 123; BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, p. 102.

cédure pénale suisse (CPP) est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011<sup>1190</sup> et fait actuellement l'objet d'une révision partielle<sup>1191</sup>.

Dans les deux chapitres suivants<sup>1192</sup>, nous donnerons un aperçu des principales modifications législatives et réglementaires intervenues en Suisse après le deuxième cycle d'évaluations mutuelles.

### 6.3 Autres mesures législatives pour lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

#### 6.3.1 Juridiction fédérale

Le MPC s'est vu attribuer de nouvelles compétences de procédure dans les domaines du crime organisé et de la criminalité économique à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2002<sup>1193</sup>. La juridiction fédérale a été élargie pour y intégrer les infractions relatives à la criminalité organisée, le blanchiment d'argent et la corruption, à condition que les actes punissables aient été commis pour une part prépondérante à l'étranger ou dans plusieurs cantons sans qu'il y ait de prédominance évidente dans l'un d'entre eux<sup>1194</sup>. Par ailleurs, le MPC s'est vu attribuer une juridiction fédérale facultative pour la criminalité économique intercantonale ou internationale<sup>1195</sup>. Cet élargissement de la juridiction fédérale a donné lieu à l'institution d'un Tribunal pénal fédéral à Bellinzona le 1<sup>er</sup> avril 2004 et à celle d'une Cour d'appel le 1<sup>er</sup> janvier 2019<sup>1196</sup>. Dans le cadre d'un postulat parlementaire, le conseiller national Daniel Jositsch a requis d'examiner si la structure, l'organisation, les compétences et la surveillance du MPC étaient appropriées et répondaient encore aux exigences actuelles. Ce dernier, a été transmis à la Commission de

<sup>1190</sup> Code de procédure pénale suisse (code de procédure pénale, CPP) du 5 octobre 2007, RO 2010 1881.

<sup>1191</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification du code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États «Adaptation du code de procédure pénale»), FF 2019 6351.

<sup>1192</sup> Cf. partie II, titre II, chapitres 6.3 et 6.4.

<sup>1193</sup> Modification du code pénal suisse du 22 décembre 1999 (Nouvelles compétences de procédure en faveur de la Confédération dans les domaines du crime organisé et de la criminalité économique), RO 2001 3071.

<sup>1194</sup> Modification du code pénal suisse du 22 décembre 1999 (Nouvelles compétences de procédure en faveur de la Confédération dans les domaines du crime organisé et de la criminalité économique), RO 2001 3071, p. 3071, art. 340<sup>bis</sup>, al. 1, aCP, dans sa version modifiée du 22 décembre 1999.

<sup>1195</sup> Modification du code pénal suisse du 22 décembre 1999 (Nouvelles compétences de procédure en faveur de la Confédération dans les domaines du crime organisé et de la criminalité économique), RO 2001 3071, p. 3071, art. 340<sup>bis</sup>, al. 2, aCP, dans sa version modifiée du 22 décembre 1999.

<sup>1196</sup> Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN ad Art. 260<sup>ter</sup> StGB N 99, N 100, N 101, N 112; art. 191a Cst. féd., introduit par l'Arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice du 8 octobre 1999, RO 2002 3148; Loi fédérale du 17 mars 2017 (Création d'une Cour d'appel au TPF), RO 2017 5769.

gestion du Conseil des États pour examen préalable et il a été adopté par le Conseil des États avec des amendements en décembre 2020<sup>1197</sup>.

### 6.3.2 Révision du droit pénal de la corruption

S'agissant du droit suisse de la corruption, le CP prévoyait des peines plus sévères pour le fonctionnaire corrompu que pour le corrupteur, car seul le premier était dans la position de violer un devoir de fidélité envers l'État. La peine-menace pour la corruption passive était plus conséquente (art. 315 aCP) que celle prévue pour la corruption active (art. 288 aCP). Par ailleurs, l'art. 316 aCP réprimait seulement l'acceptation d'un avantage indu, mais non pas l'octroi d'un tel avantage. Finalement, la répression de la corruption était limitée aux agents publics suisses. S'y ajoutait la répression de la corruption active d'agent privé en vertu de la loi sur la concurrence<sup>1198</sup> qui est toutefois restée lettre morte<sup>1199</sup>.

Depuis lors, le droit suisse de la corruption a été révisé plusieurs fois afin de tenir notamment compte des prérogatives internationales en la matière. La première révision de 1999<sup>1200</sup> a permis à la Suisse de ratifier la Convention de l'OCDE, et d'introduire l'art. 322<sup>septies</sup> CP<sup>1201</sup> visant la répression de la corruption active d'agents publics étrangers et internationaux. La deuxième révision initiée à la fin de 2004 a permis, d'une part, à la Suisse d'adhérer à la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999<sup>1202</sup> et, d'autre part, de réviser l'art. 322<sup>septies</sup>, al. 2, CP<sup>1203</sup>. Cette nouvelle disposition permettait de réprimer, à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2006, à l'instar

---

<sup>1197</sup> Postulat 19.3570 «Contrôle de la structure, de l'organisation, de la compétence et de la surveillance du Ministère public de la Confédération», déposé par le conseiller national Daniel Jositsch le 9 septembre 2019, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<[www.parlament.ch](http://www.parlament.ch)>); consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20193570>> (22.11.2021).

<sup>1198</sup> Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD), (RS 241), art. 4a et 23 aLCD; après la révision, l'art. 4a devient un acte de concurrence déloyale, tandis que la corruption privée est supprimée de la liste des actes de concurrence déloyale érigés en infraction à l'art. 23 LCD.

<sup>1199</sup> CASSANI, Droit pénal économique, p. 320, N9.16.

<sup>1200</sup> Loi fédérale du 22 décembre 1999 sur la révision du droit pénal de la corruption, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mai 2000, RO 2000 1121; Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (révision des dispositions pénales applicables à la corruption) et l'adhésion de la Suisse à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, FF 1999 5045.

<sup>1201</sup> Révision du droit pénal de la corruption (Modification du code pénal et du code pénal militaire) du 22 décembre 1999, RO 2000 1121, p. 1122.

<sup>1202</sup> Arrêté fédéral du 7 octobre 2005 portant approbation et mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et de son Protocole additionnel, en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> juillet 2006, RO 2006 2371, FF 2004 6607; Message du Conseil fédéral concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et de son Protocole additionnel (Modification du code pénal et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), du 10 novembre 2004, FF 2004 6549.



de la corruption active, également la corruption passive d'agents publics étrangers et internationaux ainsi que la corruption passive dans le secteur privé. Ainsi, la corruption active ou passive d'un agent public, suisse, étranger ou international a été érigée en crime, et partant en infraction préalable au blanchiment d'argent<sup>1204</sup>. En 2009, la Suisse a ratifié la Convention des Nations Unies contre la corruption (Convention de Mérida)<sup>1205</sup> visant notamment à prévenir, incriminer, détecter et réprimer la corruption. Cette ratification n'a toutefois entraîné aucune modification du droit suisse, car la Suisse satisfaisait déjà en grande partie au catalogue des infractions prévues par celle-ci. En revanche, la Suisse ne satisfait toujours pas aux exigences relatives à la transparence du financement des partis politiques (art. 7, par. 3, Convention de Mérida<sup>1206</sup>).

Afin de se conformer pleinement à la Convention de l'OCDE et à celle du Conseil de l'Europe, la Suisse a révisé une troisième fois, avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2016<sup>1207</sup>, les dispositions du CP relatives à la corruption d'agents publics nationaux et étrangers ainsi que celles relatives à la corruption dans le secteur privé<sup>1208</sup>. Toutefois, à l'inverse des dispositions relatives à la corruption d'agents publics suisses, étrangers et internationaux (art. 322<sup>ter</sup>, 322<sup>quater</sup> et 322<sup>septies</sup> CP), les dispositions en matière de corruption d'agent privé (art. 322<sup>octies</sup> et 322<sup>novies</sup> CP) ainsi que celles relatives à l'octroi et à l'acceptation d'un avantage (art. 322<sup>quinquies</sup> et 322<sup>sexies</sup> CP) ne constituent pas des crimes et

<sup>1203</sup> Arrêté fédéral du 7 octobre 2005 portant approbation et mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et de son Protocole additionnel, en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> juillet 2006, RO 2006 2371, p. 2373.

<sup>1204</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 283.

<sup>1205</sup> Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption (Convention de Mérida), entrée en vigueur pour la Suisse le 24 octobre 2009 (RS 0.311.56) et le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption du 15 mai 2003, entrés en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> juillet 2006 (RS 0.311.551).

<sup>1206</sup> CASSANI, Droit pénal économique, p. 321, N9.19.

<sup>1207</sup> Modification du code pénal du 25 septembre 2015 (Dispositions pénales incriminant la corruption), RO 2016 1287; Message du Conseil fédéral du 30 avril 2014 concernant la modification du code pénal (Dispositions pénales incriminant la corruption) FF 2014 3433, p. 3435, 3440, 3444.

<sup>1208</sup> Avant le 1<sup>er</sup> juillet 2016, la corruption privée était poursuivie sur plainte pénale et était réprimée dans la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241), ce qui d'un point de vue systématique ne lui conférait pas un statut d'infraction autonome. Autrement dit, l'absence d'un rapport concurrentiel pouvait exclure une poursuite pénale pour des faits de corruption privée. Par ailleurs, suite aux critiques formulées par le Groupe d'États contre la Corruption du Conseil de l'Europe (GRECO) et aux soupçons de corruption liés à la procédure d'attribution par la FIFA des Coupes du monde de football 2018 et 2020, il était nécessaire de clarifier la portée de la norme réprimant la corruption privée. Il s'ensuit que l'infraction de corruption privée passa de la LCD dans le CP et fut intégrée aux nouveaux articles 322<sup>octies</sup> et 322<sup>novies</sup> CP à titre de délit. En outre, la portée des art. 322<sup>quinquies</sup> et 322<sup>sexies</sup> CP fut étendue afin d'y inclure le cas de figure où l'avantage indu profite à un tiers.

ne sont dès lors pas des infractions préalables au blanchiment d'argent en vertu de l'art. 305<sup>bis</sup> CP.

La mise en œuvre des conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption est contrôlée régulièrement par le biais d'évaluations effectuées par les pairs (*peer review*). PIETH relève que le respect de l'ensemble des conventions internationales en matière de corruption est vérifié en contrôlant le degré de leur mise en œuvre dans le pays. Par conséquent, un instrument de droit mou (*soft law*) est utilisé pour mettre en œuvre le droit dur (*hard law*). Il s'ensuit que la législation ne se développe pas par l'adoption des protocoles additionnels, mais par la pratique développée lors des *peer reviews*<sup>1209</sup>. La dernière évaluation de la Suisse sur la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE relative à la lutte contre la corruption a eu lieu en 2016<sup>1210</sup>. L'OCDE et le Groupe d'États contre la Corruption du Conseil de l'Europe (ci-après : GRECO) portent globalement un jugement positif sur l'augmentation des condamnations de personnes et d'entreprises pour corruption d'agents publics étrangers. Par ailleurs, ils saluent l'approche proactive de la Suisse en matière de saisie et de confiscation de valeurs patrimoniales acquises de manière illégale et sa coopération avec les autres pays dans le cadre de l'entraide judiciaire. Toutefois, l'OCDE et le GRECO recommandent notamment de sanctionner plus sévèrement les personnes physiques et les personnes morales impliquées dans des actes corruptifs<sup>1211</sup>.

En octobre 2020, la Suisse a présenté son premier rapport de suivi au Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption, décrivant les mesures entreprises pour la mise en œuvre des recommandations formulées lors du dernier examen. Dans son évaluation, l'OCDE estime que la Suisse n'a pas déployé suffisamment d'efforts pour répondre aux recommandations formulées, notamment en ce qui concerne les amendes prononcées à l'encontre des personnes morales. La majorité des recommandations encore ouvertes concernent les autorités pénales. Ainsi l'OCDE considère que les domaines suivants présentent encore des carences : la répression de l'infraction de corruption transnationale, les sanctions et mesures de confiscation y relatives, la coopération internationale mais aussi la sensibilisation des entreprises à la problématique de la corruption d'agents publics étrangers<sup>1212</sup>.

---

<sup>1209</sup> PIETH, *Der Einfluss des internationalen Rechts auf das Schweizer Strafrecht*, p. 258 à 259.

<sup>1210</sup> Cf. Rapport de l'OCDE sur l'évaluation de la Suisse en matière de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers du 15 mars 2018.

<sup>1211</sup> Communiqué de presse du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) du 27 mars 2018, « L'OCDE salue les efforts de la Suisse pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers », in : Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR), (<<https://www.wbf.admin.ch/wbf/fr/home.html>>), consulter à ce titre : <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-70237.html>> (22.11.2021).

<sup>1212</sup> Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Rapport de suivi écrit de phase 4, Suisse, 16 octobre 2020, in : Organisation de coopération et de développement

### 6.3.3 Répression du financement du terrorisme

Le 23 mars 2003, les Chambres fédérales adoptèrent l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP<sup>1213</sup>, réprimant le financement du terrorisme qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2003<sup>1214</sup>.

### 6.3.4 Responsabilité pénale de l'entreprise

En ce qui concerne la responsabilité de l'entreprise, les premières discussions relatives à l'introduction d'une norme pénale eurent lieu à la fin des années quatre-vingt<sup>1215</sup>. Durant la nuit du 1<sup>er</sup> novembre 1986 à Schweizerhalle, la pollution du Rhin par des eaux contaminées, utilisées pour éteindre l'incendie d'un entrepôt du groupe chimique Sandoz ne disposant pas d'un bassin de rétention des eaux sales, a contribué à accélérer les travaux législatifs. L'accident chimique de Schweizerhalle mit en évidence que ce type d'incident était le résultat d'erreurs humaines, excusables, et que les critères d'imputation pénaux classiques n'étaient pas satisfaisants. En l'occurrence, seul le chef de la sécurité du bâtiment qui donna l'ordre d'arroser la place et le chef des opérations des pompiers qui donna suite à cet ordre furent condamnés à des amendes de 500 et de 200 CHF<sup>1216</sup>. Toutefois, la tentative de réglementer la responsabilité pénale de l'entreprise dans le CP, dans le cadre du deuxième train de mesures pour lutter contre le blanchiment d'argent et la criminalité organisée, a échoué<sup>1217</sup>.

L'entreprise déploie une activité dans laquelle des infractions peuvent être commises moyennant la contribution de plusieurs personnes agissant à des niveaux différents. Plus que dans d'autres contextes, celui de l'entreprise pose donc la question de la répartition des responsabilités entre les différents acteurs<sup>1218</sup>. Par ailleurs, plus la structure de l'entreprise est complexe, plus il peut s'avérer difficile, voire impossible, d'éta-

---

économiques (OCDE), (<<https://www.oecd.org/fr/>>), consulter à ce titre : <<https://www.oecd.org/fr/corruption/anti-corruption/Suisse-rapport-suivi-ecrit-phase-4-FR.pdf>> (22.11.2021).

<sup>1213</sup> Loi fédérale concernant la modification du code pénal suisse et de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (financement du terrorisme), modification du 21 mars 2003, RO 2003 3034, p. 3045.

<sup>1214</sup> Loi fédérale concernant la modification du code pénal suisse et de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (financement du terrorisme), modification du 21 mars 2003, RO 2003 3034; Message du Conseil fédéral du 26 juin 2002 relatif aux Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ainsi qu'à la modification du code pénal suisse et à l'adaptation d'autres lois fédérales, FF 2002 5014.

<sup>1215</sup> Message CP 1999, FF 1999 II 1787, p. 1943.

<sup>1216</sup> PK StGB TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL ad Vor Art. 102 StGB N 2; BSK StGB- NIGGLI/GFELLER ad Art. 102 N 13, N 14.

<sup>1217</sup> Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1787, p. 1945; CASSANI, Droit pénal économique, p. 108, N 3.12.

<sup>1218</sup> CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, p. 104.

blir un lien entre une personne physique concrète et un délit<sup>1219</sup>. Par ailleurs, dans certains cas et en dépit du recours à d'importants moyens, la juridiction répressive ne parvenait pas à atteindre des résultats satisfaisants. Par conséquent, à moins de s'acharner sur une personne pénalement incriminable, quitte à gonfler la faute personnelle de l'un des agents de l'entreprise et donc à s'appuyer à nouveau sur une sorte de responsabilité causale, le droit applicable n'offrait pour alternative que le constat de l'échec des investigations<sup>1220</sup>.

Le 23 septembre 2003, la Suisse ratifia la Convention onusienne, qui exigeait notamment des sanctions à l'égard des personnes morales. Cette ratification eut pour conséquence que les modifications relatives à la responsabilité pénale de l'entreprise, déjà adoptées par les Chambres fédérales dans le cadre de la révision de la partie générale du CP<sup>1221</sup>, furent insérées dans les modifications législatives relatives à la lutte contre le financement du terrorisme. L'art. 100<sup>quater</sup> aCP, relatif à la responsabilité pénale de l'entreprise entra en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2003<sup>1222</sup>. L'adoption de cette nouvelle disposition pénale représente un changement de paradigme, dans la mesure où les personnes morales n'étaient jusqu'alors pas considérées comme des sujets de droit pénal, à tout le moins pas dans le *Kernstrafrecht*<sup>1223</sup>. La jurisprudence ne leur reconnaissait ni la capacité d'agir de manière pénalement significative, ni la capacité à la faute pénale, ni encore la capacité à subir une peine dans le sens assigné à celle-ci par les principes généraux du droit pénal. Cette triple incapacité s'exprimait par l'adage « *societas delinquere non potest* »<sup>1224</sup>. Avec l'introduction de la nouvelle partie générale du droit pénal, le 1<sup>er</sup> janvier 2007<sup>1225</sup>, l'art. 100<sup>quater</sup> aCP devint l'art. 102 CP.

---

<sup>1219</sup> Message CP 1999, FF 1999 II 1787, p. 1943.

<sup>1220</sup> Message CP 1999, FF 1999 II 1787, p. 1947.

<sup>1221</sup> Code pénal suisse, modification du 13 décembre 2002, FF 2002 7658; Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1787, p. 1943 à 1951; CASSANI, Droit pénal économique, p. 108, N 3.12.

<sup>1222</sup> Loi fédérale concernant la modification du code pénal et de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (Financement du terrorisme), modification du 21 mars 2003, RO 2003 3043, p. 3044; Kommentar Kriminelles Vermögen 2018, PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN ad Art. 260<sup>ter</sup> StGB N 115, N 116; CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 281 à 282.

<sup>1223</sup> Le Tribunal fédéral avait admis, dans l'ATF 85 IV 95, la responsabilité pénale de l'entreprise basée sur des dispositions législatives spécifiques dans le *Nebenstrafrecht*. À titre d'exemple on peut mentionner l'art. 7 DPA, l'art. 57 LHID et l'art. 181 LIFD; cf. BSK StGB-NIGGLI/GFELLER ad Art. 102 N 10.

<sup>1224</sup> MACALUSO/GARBARSKI, Remarques sur la nature juridique de la responsabilité pénale de l'entreprise, chap. II; PK StGB TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL ad Vor Art. 102 StGB N 1; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER ad Art. 102 N 9.

<sup>1225</sup> Code pénal suisse, modification du 13 décembre 2002, RO 2006 3459, p. 3498.

L'art. 102, al. 1, CP prévoit que l'entreprise assume une responsabilité subsidiaire à celle des personnes physiques pour la grande majorité des infractions, mais elle peut aussi encourir une responsabilité primaire, indépendante ou solidaire de celle des personnes physiques, pour certaines infractions exhaustivement énumérées<sup>1226</sup> à l'art. 102, al. 2, CP. Cela dit, il est plutôt étonnant que le défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305<sup>ter</sup> CP) n'ait pas été inclus dans la liste des infractions entraînant une responsabilité primaire de l'entreprise. Par conséquent, les établissements financiers répondent que dans l'hypothèse où il n'est pas possible d'identifier au moins une personne en son sein qui a intentionnellement omis d'identifier l'ayant droit économique avec la diligence requise par les circonstances du cas d'espèce<sup>1227</sup>.

L'entreprise est recherchée en responsabilité subsidiaire si, en raison de son défaut d'organisation, le délit ou le crime commis ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée et que le défaut d'identification d'un responsable individuel est dû à un manque d'organisation de l'entreprise<sup>1228</sup>. Partant, si une infraction peut être attribuée à une personne physique, il n'y a pas de place pour la responsabilité pénale de l'entreprise au sens de l'art. 102, al. 1, CP. Au vu de ce qui précède, la responsabilité pénale individuelle prévaut même si l'infraction est commise par les représentants d'une entreprise, dans le cadre de l'activité commerciale de celle-ci. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire de rechercher toutes les personnes n'ayant pas empêché la commission de l'infraction et dont la responsabilité pénale est engagée, que ce soit dans le rôle de coauteur, comme participant ou en qualité de responsable hiérarchique<sup>1229</sup>. S'agissant de sa responsabilité primaire, l'entreprise répond de l'infraction s'il peut lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation nécessaires et raisonnables qui eussent pu en empêcher la commission<sup>1230</sup>, autrement dit, la négligence de l'entreprise dans son organisation a permis la perpétration de l'infraction<sup>1231</sup>. Il appartient donc à l'entreprise de prendre les mesures préventives que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour empêcher la survenance de l'infraction<sup>1232</sup>. Toutefois, il appartient à l'accusation de prouver le manque d'organisation et le lien de causalité hypothétique entre les carences organisationnelles et la perpétration de l'acte ré-

<sup>1226</sup> Participation et soutien à une organisation criminelle (art. 260<sup>ter</sup> CP), financement du terrorisme (art. 260<sup>quinquies</sup> CP), blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP), corruption d'agents publics suisses/octroi d'un avantage (art. 322<sup>quinquies</sup> CP), corruption active d'agents publics étrangers (art. 322<sup>septies</sup>, al. 1, CP), corruption privée active (art. 322<sup>octies</sup> CP).

<sup>1227</sup> Dans le même sens CASSANI, *Droit pénal économique*, p. 114, N 3.36.

<sup>1228</sup> VILLARD, *La banque face au risque pénal*, p. 114; CASSANI, *Droit pénal économique*, p. 112, N 3.25.

<sup>1229</sup> CR CPI-MACALUSO ad art. 102 N 46; CASSANI, *Droit pénal économique*, p. 75, N 2.2; p. 112, N 3.26.

<sup>1230</sup> CR CPI-MACALUSO ad art. 102 N 3; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER ad Art. 102 N 9.

<sup>1231</sup> Cf. LOMBARDINI, p. 105, N 414.

<sup>1232</sup> CASSANI, *Droit pénal économique*, p. 114, N 3.38.

préhensible<sup>1233</sup>. À l'inverse, le fait qu'une personne physique active dans l'entreprise soit identifiée ou même condamnée pour blanchiment d'argent n'empêche pas une condamnation de l'entreprise selon l'art. 102, al. 2, CP<sup>1234</sup>.

Au fil du temps, une controverse doctrinale centrale est née quant au fait de savoir si l'art. 102 CP constitue une norme d'imputation, qui crée une forme *sui generis* de participation à l'infraction à charge de l'entreprise, ou si, au contraire, cette norme crée une nouvelle infraction de mauvaise organisation, de degré contraventionnel, puisque punissable uniquement d'une amende<sup>1235</sup>. La distinction est importante, car si dans le premier cas l'entreprise répond selon les conditions d'une infraction qui lui est imputée, dans le second cas, elle ne répond que de sa mauvaise organisation, dont l'infraction imputée ne représente qu'une condition objective de punissabilité. Par ailleurs, cette distinction est également déterminante pour la prescription pénale, car si l'art. 102 CP est une norme d'imputation, alors la prescription est celle de l'infraction imputée, tandis que si l'art. 102 CP crée une nouvelle infraction punie de l'amende, le délai de prescription de l'action pénale correspond à celui des contraventions, à savoir trois ans (art. 109 CP)<sup>1236</sup>.

Le Tribunal fédéral a tranché cette question de principe dans un arrêt du 12 décembre 2019<sup>1237</sup> en considérant que la responsabilité de l'entreprise est une norme d'imputation. Notre Haute Cour souligne qu'une infraction de mauvaise organisation serait

---

<sup>1233</sup> VILLARD, La banque face au risque pénal, p. 114; CASSANI, Droit pénal économique, p. 115, N 3.41.

<sup>1234</sup> ATF 142 IV 333, consid. 4.2; cf. HERREN C. NICOLAS, Le blanchiment d'argent dans la jurisprudence des tribunaux fédéraux, p. 1113.

<sup>1235</sup> Selon MACALUSO et GARBARSKI, l'art. 102 CP ne crée aucune nouvelle infraction, singulièrement pas celle de mauvaise organisation, dès lors il s'agit d'une norme d'imputation, consacrant une forme *sui generis* de participation à l'infraction, cf. MACALUSO/GARBARSKI, Remarques sur la nature juridique de la responsabilité pénale de l'entreprise, p. 195 à 197; MACALUSO ALAIN, La responsabilité pénale de l'entreprise, Principes et commentaire des art. 100<sup>quater</sup> et 100<sup>quinquies</sup> CP, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2004; CR CPI-MACALUSO ad art. 102 N 3; VILLARD KATIA, La compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise – Avec un regard particulier sur les groupes de sociétés, thèse, Genève/Zurich/Bâle, 2017, N 516 s.; PERRIN BERTRAND, La responsabilité pénale de l'entreprise en droit suisse, p. 201, in: PIETH MARK/IVORY RADHA (éd.), Corporate Liability, Emergence, Convergence, and Risk, Londres/New York, 2011, p. 193 s.; *contra* BSK StGB-NIGGLI/GFELLER ad Art. 102 N 19a s.; PK StGB TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, ad Art. 102 StGB N 7.

<sup>1236</sup> Cf. MACALUSO ALAIN, L'article 102 CP (responsabilité pénale de l'entreprise) ne crée pas une nouvelle contravention mais constitue une norme d'imputation: le Tribunal fédéral a enfin tranché cette ancienne querelle doctrinale, in: Droit pénal des affaires, (<[www.droitpenaldesaffaires.ch](http://www.droitpenaldesaffaires.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.droitpenaldesaffaires.ch/droit-de-fond/l'article-102-cp-responsabilite-penale-de-l'entreprise-ne-cree-pas-une-nouvelle-contravention-mais-constitue-une-norme-d'imputation-le-tribunal-federal-a-enfin-tranche-cette-ancienne-querelle-d/>> du 30 décembre 2019 (22.11.2021).

<sup>1237</sup> ATF 146 IV 68, consid. 2.3.4.

contraire à la lettre et à la systématique de la loi et que la norme en question est située dans la partie générale et non pas dans la partie spéciale du CP. «[...] *Dass das in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks begangene Verbrechen oder Vergehen dem Unternehmen zugerechnet wird, ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 102 StGB. Für eine Zurechnungsnorm bzw. eine besondere Form der Teilnahme und gegen einen eigenständigen Übertretungstatbestand spricht auch, dass die Verantwortlichkeit des Unternehmens in Art. 102 StGB, d.h. im Allgemeinen Teil des StGB geregelt ist, und nicht bei den besonderen Bestimmungen im zweiten Buch des StGB, welche im Einzelnen die strafbaren Verhaltensweisen bestimmen [...]*»<sup>1238</sup> Toutefois, un arrêt du Tribunal fédéral du 9 septembre 2021 semble remettre en question ces considérations en précisant que: «[...] *La commission de l'infraction préalable constitue une condition objective de punissabilité (ATF 142 IV 333 consid. 4.1 p. 336 s.). Hors des infractions visées par l'art. 102 al. 2 CP, l'infraction préalable doit pouvoir être rapportée au déficit d'organisation. Que l'infraction ait été commise ne suffit cependant pas à démontrer la violation par l'entreprise de ses obligations. Encore faut-il établir que des mesures d'organisation concrètes s'imposaient mais n'ont pas été prises. L'art. 102 al. 2 CP sanctionne ainsi un délit d'omission par négligence [...]*»<sup>1239</sup> Cette nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral prête à confusion.

En guise de conclusion, il sied de relever que des décisions judiciaires en matière de responsabilité pénale de l'entreprise sont rares<sup>1240</sup>. Exception faite d'une seule affaire très médiatisée, impliquant la Poste Suisse qui a été acquittée en dernière instance par le Tribunal fédéral pour blanchiment d'argent au sens de l'art. 305<sup>bis</sup> CP, le 11 octobre 2016<sup>1241</sup>. Il s'ensuit que peu d'entreprises ont jusqu'à ce jour été poursuivies et renvoyées en jugement par-devant un tribunal selon l'art. 102 CP<sup>1242</sup>. Ainsi, l'écrasante majorité des affaires médiatisées et traitées par le MPC se sont conclues par le prononcé d'une ordonnance pénale selon l'art. 352 CPP ou d'une ordonnance de classe-

<sup>1238</sup> ATF 146 IV 68, consid. 2.3.4.

<sup>1239</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_750/2020 du 9 septembre 2021 (non destiné à la publication), consid. 4.1.

<sup>1240</sup> VILLARD, La banque face au risque pénal, p. 114; CASSANI, Droit pénal économique, p. 11, N 0.29.

<sup>1241</sup> Dans cet arrêt de principe, le TF a retenu que la responsabilité de l'entreprise suppose qu'une infraction pénale ait été commise au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts et que l'art. 102 CP, ne constituait aucune responsabilité causale. Cf. pour un résumé complet de l'affaire, consulter notamment MACALUSO ALAIN/GARBARSKI ANDREW M., La responsabilité pénale de l'entreprise après l'arrêt «La Poste Suisse», Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle (AJP/PJA), 1/2017, p. 100 s.; décision de l'Obergericht du canton de Soleure, du 19 novembre 2015 STBER.2011.32, in: *forum* 4/2016, p. 197 à 201.

<sup>1242</sup> Cf. Rapport de l'OCDE sur l'évaluation de la Suisse en matière de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers du 15 mars 2018, p. 60, par. 133.



ment fondée sur l'art. 319 s. CPP<sup>1243</sup>. Cela dit, le CPP n'aborde pas la question de savoir si la condamnation de l'entreprise peut prendre la forme d'une ordonnance pénale. La doctrine majoritaire est de l'avis que lorsque les conditions de l'ordonnance pénale sont réunies, les ministères publics doivent s'engager dans cette voie. L'art. 352, al. 1, CPP requière à cet effet que le prévenu ait admis les faits ou que ceux-ci soient établis au cours de la procédure préliminaire et que le ministère public estime que l'une des peines listées, dont fait partie l'amende, soit suffisante<sup>1244</sup>.

En octobre 2019, le négociant pétrolier Gunvor a été condamné par ordonnance pénale du MPC au paiement de 94 millions CHF, dont 4 millions d'amende pour ne pas avoir empêché dans la période comprise entre 2008 et 2011 – en raison de graves défaillances organisationnelles – la corruption d'agents publics de la République du Congo et de Côte d'Ivoire conformément à l'art. 102 CP, en relation avec l'art. 322<sup>sep</sup>-ties CP. Les actes corruptifs commis par la société avaient pour but l'accession aux marchés pétroliers<sup>1245</sup>.

Au terme d'une enquête du MPC qui a duré treize ans<sup>1246</sup> sur les affaires en Suisse d'une importante organisation criminelle bulgare, active dans le trafic international de stupéfiants et le blanchiment d'argent à grande échelle, le MPC a déposé un acte d'accusation par-devant le Tribunal pénal fédéral contre le Credit Suisse. La banque est accusée de ne pas avoir pris toutes les mesures organisationnelles raisonnables et nécessaires visant à empêcher le blanchiment d'argent perpétré par l'organisation criminelle bulgare. Par ailleurs, le MPC a aussi déposé un acte d'accusation à l'encontre d'une ancienne collaboratrice de la banque et à l'égard de deux membres de l'organisation criminelle<sup>1247</sup>. Si le Credit Suisse devait être condamné, il s'agirait d'une pre-

---

<sup>1243</sup> Cf. MACALUSO ALAIN/GARBARSKI ANDREW M., La responsabilité pénale de l'entreprise après l'arrêt «La Poste Suisse», *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle (AJP/PJA)*, 1/2017, p. 100. Les auteurs mentionnent les affaires médiatisées, soit Alstom en 2011, Stanford Group en 2014 ainsi que Nitrochem et Odebrecht en 2016 qui se sont conclues par des ordonnances pénales prononcées par le MPC. Dans le même sens VILLARD, La banque face au risque pénal, p. 115, qui mentionne l'affaire Siemens Industrial Turbomachinery qui a été classée en 2013 par le MPC et l'affaire HSBC Private Bank (Suisse) SA qui a été classée en 2015 par le Ministère public du canton de Genève.

<sup>1244</sup> CASSANI, *Droit pénal économique*, p. 140, N 3.118 et les références citées.

<sup>1245</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2018.38 du 28 août 2018; communiqué de presse du MPC du 17 octobre 2019 «Le négociant en matières premières Gunvor condamné pour responsabilité pénale en lien avec des actes de corruption», in: *Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse*, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-76725.html>> (22. 11. 2021).

<sup>1246</sup> NZZ, «Fast dreizehn Jahre hat die Bundesanwaltschaft gegen die bulgarische Drogenmafia ermittelt – jetzt klagt sie eine CS-Kundenberaterin der untersten Hierarchiestufe an», *Marcel Gyr, André Müller*, 22 décembre 2020, in: *Neue Zürcher Zeitung (NZZ)*, (<<https://www.nzz.ch/>>), consulter à ce titre: <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/bundesanwaltschaft-hat-fast-13-jahre-gegen-drogenmafia-ermittelt-ld.1593166?reduced=true>> (22. 11. 2021).



mière, car il n'y a encore jamais eu de condamnation d'une banque en vertu de l'art. 260<sup>ter</sup> CP (organisation criminelle) en lien avec l'art. 102 CP.

Enfin, la Falcon Private Bank, en liquidation, et son ancien directeur Eduardo Leeman ont été jugés pour blanchiment d'argent par le Tribunal pénal fédéral en mars 2021. Le MPC reproche à l'ancien directeur d'avoir blanchi des dizaines de millions d'euros en faveur d'un ancien administrateur délégué du fonds souverain d'Abou Dhabi (une filiale du fonds IMDB) alors bien qu'il savait que les valeurs patrimoniales provenaient d'un crime. En effet, ces fonds auraient été obtenus par l'ancien administrateur délégué au moyen d'une gestion déloyale, entraînant une perte de 148 millions pour le fonds souverain d'Abou Dhabi. Par ailleurs, le MPC reproche à la banque de ne pas avoir entrepris toutes les mesures nécessaires pour empêcher le blanchiment de ces valeurs patrimoniales<sup>1248</sup>.

#### 6.4 OBA-CFB 2003, OBA-AdC 2004 et CDB 2003

L'affaire Abacha<sup>1249</sup> avait mis en évidence de graves défaillances des établissements bancaires dans la clarification de l'arrière-plan économique des valeurs patrimoniales appartenant au Général Sani Abacha et aux personnes proches de lui<sup>1250</sup>. Suite à ces carences, la CFB introduisit des nouvelles obligations de diligence et remplaça<sup>1251</sup> la Circulaire CFB 98/1 par l'OBA-CFB 2003<sup>1252</sup> qui entra en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2003. Les modifications suivantes méritent d'être soulevées<sup>1253</sup>:

- **Nouvelles règles relatives aux personnes politiquement exposées et à la lutte contre la corruption (art. 4 OBA-CFB 2003<sup>1254</sup>)**: les règles de l'ancienne Circulaire CFB 98/1 concernant les PPE ont été maintenues. Toutefois, la décision d'ac-

<sup>1247</sup> Communiqué de presse du MPC du 17 décembre 2020, «Organisation criminelle bulgare: mise en accusation de Credit Suisse», in: Ministère public de la Confédération (MPC), <<https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home.html>>, consulter à ce titre: <<https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-81686.html>> (22.11.2021).

<sup>1248</sup> Cf. l'article paru dans la Handelszeitung du 19 novembre 2020 de Sven Millischer, «Falcon Private Bank: Die Bundesanwaltschaft klagt die Zürcher Bank und ihren Ex-Chef Eduardo Leemann an. Es geht um Geldwäscherei.», in: Handelszeitung <<https://www.handelszeitung.ch/>>, consulter à ce titre: <<https://www.handelszeitung.ch/unternehmen/falcon-bank-eduardo-leemann-soll-fast-200-millionen-euro-gewaschen-haben>> (22.11.2021).

<sup>1249</sup> Le lecteur est renvoyé à l'affaire Abacha dans la partie II, titre I, chapitre 2.8.

<sup>1250</sup> La lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse, 2003, p. 43 à 44, chap. 5.

<sup>1251</sup> La LBA autorisait la CFB à adopter une ordonnance d'exécution, afin de préciser les règles en matière de lutte contre le blanchiment, FF 1997 IV 723, 728, art. 16, al. 1, aLBA 1998.

<sup>1252</sup> Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 18 décembre 2002 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB 2003), RO 2003 554.

<sup>1253</sup> La lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse, 2003, p. 43 à 45, chap. 5 à 5.5.

<sup>1254</sup> Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 18 décembre 2002 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB 2003), RO 2003 554, p. 555 à 556.

cepter, de poursuivre ou de mettre fin à de telles relations devait désormais être prise au plus haut niveau de la direction.

- **Clarifications complémentaires pour les relations d'affaires présentant des risques accrus (art. 7 OBA-CFB 2003<sup>1255</sup>)**: les intermédiaires financiers devaient désormais fixer des critères signalant la présence de risques juridiques et de réputation accrus (liste exemplative de critères pouvant entrer en ligne de compte). Pour la clientèle à risque accru, il fallait faire des clarifications complémentaires qui devaient être plausibilisées et documentées.
- **Gestion globale des risques juridiques et de réputation (art. 9 OBA-CFB 2003<sup>1256</sup>)**: les intermédiaires financiers avec des succursales à l'étranger ou dirigent un groupe financier comprenant des sociétés étrangères, devaient désormais limiter et contrôler de manière globale les risques juridiques et de réputation liés au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme auxquels ils étaient exposés. Le nouvel article contenait une liste exemplative des contrôles devant être effectués.
- **Systèmes informatisés de surveillance des transactions (art. 12 OBA-CFB 2003<sup>1257</sup>)**: les intermédiaires financiers devaient désormais s'équiper de systèmes informatisés de surveillance des transactions, afin de détecter les transactions inhabituelles devant être examinées dans un délai raisonnable. Les intermédiaires financiers qui avaient peu de cocontractants, ou effectuaient peu de transactions, pouvaient charger leurs réviseurs externes de procéder à un contrôle annuel approfondi.
- **Liens avec une organisation terroriste (art. 25 OBA-CFB 2003<sup>1258</sup>)**: lorsque la clarification de l'arrière-plan économique des transactions inhabituelles révélait un lien avec une organisation terroriste, l'intermédiaire financier devait adresser sans tarder une communication au MROS.

Les dispositions de l'OBA-AdC de 1999 pour le secteur parabancaire, furent révisées suite au développement des standards internationaux et à la révision des obligations de diligence dans le secteur bancaire. La nouvelle OBA-AdC 2004, qui entra en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004<sup>1259</sup>, comportait principalement les nouveautés suivantes<sup>1260</sup>:

---

<sup>1255</sup> Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 18 décembre 2002 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB 2003), RO 2003 554, p. 556 à 557.

<sup>1256</sup> Ordonnance du 18 décembre 2002 de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB 2003), RO 2003 554, p. 557.

<sup>1257</sup> Ordonnance du 18 décembre 2002 de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB 2003), RO 2003 554, p. 559.

<sup>1258</sup> Ordonnance du 18 décembre 2002 de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB 2003), RO 2003 554, p. 563.

<sup>1259</sup> Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 10 octobre 2003 concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis (OBA-AdC 2004), RO 2003 4403.

<sup>1260</sup> La lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse, 2003, p. 37 à 38, chap. 3.2.

- **Relations d'affaires à risque accru (art. 26 OBA-AdC 2004<sup>1261</sup>)**: les intermédiaires devaient établir des critères permettant de détecter les relations d'affaires présentant des risques accrus. Les relations d'affaires avec des PPE étaient toujours considérées comme des relations d'affaires à risque accru.
- **Surveillance des relations d'affaires et des transactions (art. 28 OBA-AdC 2004<sup>1262</sup>)**: les intermédiaires financiers devaient mettre en place une surveillance des relations d'affaires et des transactions. L'AdC pouvait exiger qu'un système automatisé de surveillance des transactions soit utilisé.
- **Contrôles internes (art. 39 OBA-AdC 2004<sup>1263</sup>)**: les intermédiaires financiers employant plus de cinq collaborateurs et exerçant une activité assujettie à la LBA devaient désigner une ou plusieurs personnes qualifiées pour surveiller le respect des obligations de diligence. Les intermédiaires financiers employant moins de cinq collaborateurs étaient exonérés de ces contrôles.
- **Opérations de caisse et transfert de valeurs patrimoniales (art. 12, al. 1, al. 3, OBA-AdC 2004<sup>1264</sup>)**; **recours à des tiers (art. 40 OBA-AdC 2004<sup>1265</sup>)**: lorsqu'une ou plusieurs transactions paraissaient liées entre elles et pour toute opération de caisse atteignant ou excédant 25 000 CHF, il fallait d'identifier le cocontractant. En cas de transmission de fonds et de valeurs, l'identité du cocontractant donneur d'ordre devait être vérifiée pour chaque opération. Les intermédiaires financiers pouvaient faire appel à un tiers, mais gardaient la responsabilité ultime des tâches déléguées.

---

<sup>1261</sup> Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 10 octobre 2003 concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis (OBA-AdC 2004), RO 2003 4403, p. 4410.

<sup>1262</sup> Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 10 octobre 2003 concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis (OBA-AdC 2004), RO 2003 4403, p. 4411.

<sup>1263</sup> Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 10 octobre 2003 concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis (OBA-AdC 2004), RO 2003 4403, p. 4415.

<sup>1264</sup> Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 10 octobre 2003 concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis (OBA-AdC 2004), RO 2003 4403, p. 4406.

<sup>1265</sup> Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 10 octobre 2003 concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis (OBA-AdC 2004), RO 2003 4403, p. 4415.

La CDB 2003 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2003 et a introduit les modifications principales suivantes par rapport à la version de 1998 :

- **La lutte contre le financement du terrorisme** fut incluse dans les objectifs de la CDB 2003<sup>1266</sup>, tandis que les devoirs spécifiques de clarification furent exclus<sup>1267</sup> et intégrés dans l'OBA-CFB 2003.
- **Le délai de 30 jours pour compléter la documentation lors de l'ouverture d'un compte a été étendu à 90 jours** : durant ce délai, aucun retrait n'était autorisé et à l'échéance de 30 jours la banque devait bloquer le compte. Enfin, si les documents restaient incomplets au-delà de 90 jours, la banque devait mettre fin à la relation d'affaires<sup>1268</sup>.
- **Délégation à des tiers** : à l'instar des règles de l'OBA-CFB, la CDB 2003 prévoyait que la banque puisse déléguer l'identification des clients à des tiers sur la base d'une convention écrite, à condition que les tiers soient instruits au sujet de leurs devoirs et que la banque contrôle que les vérifications aient correctement été effectuées. Une sous-délégation était en revanche exclue<sup>1269</sup>.
- **Compléments formulaire A** : la date de naissance et la nationalité de l'ayant droit économique devaient obligatoirement être indiquées sur le formulaire A<sup>1270</sup>.
- **Associations** : les banques devaient désormais identifier la personne qui ouvrait un compte au nom d'une association<sup>1271</sup>.
- **Ouverture d'une relation d'affaires par correspondance ou par Internet** : le cas échéant, la banque devait vérifier l'identité du cocontractant au moyen d'une copie certifiée conforme d'un document d'identification. En outre, elle devait obtenir, par échange de correspondance ou par tout autre moyen adéquat, la confirmation du domicile du cocontractant<sup>1272</sup>.

## 6.5 Troisième cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse par le GAFI en 2005

En avril 2005, la Suisse a été évaluée pour la troisième fois consécutive par le GAFI sur la base des recommandations de 2003 et des recommandations spéciales sur le financement du terrorisme. Dans le rapport adopté lors de la séance plénière du GAFI en octobre 2005<sup>1273</sup> et publié en novembre 2005, le GAFI indiqua pour chaque recommandation le degré de conformité atteint et les mesures d'amélioration attendues de la

---

<sup>1266</sup> Art. 1, CDB 2003.

<sup>1267</sup> Art. 1, disposition d'exécution 3, CDB 2003.

<sup>1268</sup> Art. 2, disposition d'exécution 24, CDB 2003.

<sup>1269</sup> Art. 2, disposition d'exécution 21, CDB 2003.

<sup>1270</sup> Art. 3, disposition d'exécution 27, CDB 2003.

<sup>1271</sup> Art. 2, disposition d'exécution 16, CDB 2003.

<sup>1272</sup> Art. 2, disposition d'exécution 10, CDB 2003.

<sup>1273</sup> GAFI, Rapport annuel XVII, 2005-2006, p. 6, par. 29.

Suisse. Selon le GAFI, seize recommandations étaient insuffisantes, dont trois non conformes aux standards, avec pour conséquence l'échec de la Suisse au troisième cycle d'évaluations mutuelles, et de ce fait, l'obligation de présenter au GAFI un rapport de suivi annuel<sup>1274</sup>.

La Suisse s'est vue confrontée à de nombreuses critiques en comparaison avec les deux premiers cycles d'évaluations mutuelles de 1993 et 1998<sup>1275</sup>. Ce résultat s'explique par diverses raisons, notamment par les exigences nettement plus élevées du GAFI, mais aussi par une phase de ralenti de la Suisse par rapport au rôle précurseur qu'elle avait occupé dans la lutte contre le blanchiment d'argent au début des années nonante en réaction aux nombreuses affaires de blanchiment d'argent et de détournement de fonds par des Chefs d'État autocrates dans les années quatre-vingt<sup>1276</sup>. Les principales critiques formulées à l'égard de la Suisse peuvent être résumées comme suit:

- **Relations de banque correspondantes (R. 7/2003)**: la législation suisse ne contenait pas de dispositions relatives aux obligations de diligence pour les relations de banque correspondante classées à haut risque par le GAFI<sup>1277</sup>.
- **Personnes morales – bénéficiaires effectifs (R. 33/2003)**: l'accès au registre des actionnaires des sociétés – ayant émis des actions nominatives – était réservé aux autorités pénales et à la CFB, à l'exclusion de toute autre autorité, ce qui n'était pas suffisant. Par ailleurs, il n'existait aucune mesure pour identifier les actionnaires des sociétés anonymes émettant des actions au porteur ni pour identifier l'actionnariat indirect d'autres formes de sociétés. Enfin, le GAFI craignait qu'il puisse y avoir un manque de transparence pour les fondations de famille gérées par des personnes n'agissant pas en qualité d'intermédiaire financier<sup>1278</sup>.
- **Passeurs de fonds (Rs IX/2004)**: selon la recommandation spéciale IX, les pays devaient disposer d'outils permettant de repérer, bloquer, confisquer et sanctionner le transport physique d'espèces ou d'instruments au porteur négociables, soupçonnés d'être liés au financement du terrorisme ou au blanchiment d'argent<sup>1279</sup>. Or, la mise en œuvre en Suisse de la Rs IX/2004 reposait sur des mécanismes existants et

<sup>1274</sup> Méthodologie d'évaluation de la conformité aux 40 recommandations et aux IX recommandations spéciales du GAFI du 27 février 2004 (mise à jour en février 2009), par. 39 c, 40 et 41.

<sup>1275</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 287 et les références citées.

<sup>1276</sup> Pour les conséquences politiques et législatives découlant des affaires Marcos, Duvalier, Mobutu, Abacha, Montesinos et du Printemps arabe, le lecteur est renvoyé à la partie II, titre I, chapitres 2.5, 2.6, 2.8, 2.9 et 2.10; Message CP 1989, FF 1989 II 961, 966.

<sup>1277</sup> 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2005, p. 11, par. 26, tableau I, p. 236.

<sup>1278</sup> 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2005, p. 11, par. 20, tableau I, p. 242.

<sup>1279</sup> Les IX recommandations spéciales du GAFI, 2003, note interprétative à la Rs/2003 IX, passeurs de fonds, p. 30.

applicables à tout autre type de marchandises entrant ou sortant du pays, ce qui était insuffisant et ne correspondait pas au standard du GAFI<sup>1280</sup>.

- **Devoir de vigilance relatif à la clientèle (R. 5/2003)**: selon le GAFI, il n'existait aucune obligation pour l'ensemble des intermédiaires financiers d'identifier les personnes agissant pour le compte de personnes morales ou de constructions juridiques. Au surplus, il n'existait aucune obligation générale de clarifier l'objet et la nature de la relation d'affaires souhaitée par le client. Enfin, dans le secteur parabancaire et des assurances, les intermédiaires financiers n'étaient pas tenus de procéder à une communication au MROS lorsqu'ils renonçaient à entamer une relation d'affaires ou à exécuter une opération d'un potentiel client, malgré des soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme<sup>1281</sup>.
- **Nouvelles technologies (R. 8/2003)**: il n'existait aucune obligation pour les intermédiaires financiers de définir des mesures spécifiques en cas d'utilisation abusive de nouvelles technologies<sup>1282</sup>.
- **Entreprises et professions non financières désignées (R. 5, 6, 8-11, 13-15, 21/2003)**: la réglementation relative aux agents immobiliers, aux commerçants de pierres précieuses, aux avocats, notaires et autres professions juridiques et prestataires de services aux sociétés et trusts, n'était pas conforme aux R. 12/2003 et R. 16/2003<sup>1283</sup>. En effet, certaines activités exercées par ces professionnels n'étaient pas considérées comme relevant de l'intermédiation financière et, de ce fait, n'étaient pas assujetties à la LBA<sup>1284</sup>.
- **Déclaration d'opérations suspectes (R. 13/2003)**: la LBA ne prévoyait pas explicitement l'obligation d'effectuer une communication dans les cas de fonds liés au financement du terrorisme, alors qu'une telle obligation était prévue pour le secteur bancaire dans l'OBA-CFB 2003<sup>1285</sup>. Par ailleurs, l'obligation de communication ne s'appliquait pas à toutes les infractions préalables aux termes de la R. 1/2003. Selon le GAFI, le lien entre le blocage des fonds et l'obligation de communiquer des soupçons, d'une part, et la coexistence d'une obligation et d'un droit de communiquer, d'autre part, étaient problématiques et à l'origine du faible nombre de communications au MROS en Suisse. Enfin, les communications selon l'art. 305<sup>er</sup>, al. 2, CP étaient adressées aux autorités pénales compétentes, contrairement à celles basées sur l'art. 9 LBA qui étaient transmises directement au MROS, ce qui ne per-

---

<sup>1280</sup> 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2005, p. 9, par. 13, tableau I, p. 244.

<sup>1281</sup> 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2005, tableau I, p. 234 à 236.

<sup>1282</sup> 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2005, tableau I, p. 236.

<sup>1283</sup> 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2005, tableau I, p. 237, p. 239 à 240.

<sup>1284</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 363.

<sup>1285</sup> Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 18 décembre 2002 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, RO 2003 554, art. 24 OBA-CFB 2003, p. 563.

mettait pas au MROS d'avoir une vue d'ensemble en qualité de *Financial Intelligence Unit*<sup>1286</sup>.

- **Interdiction d'avertir le client et déclarations d'opérations suspectes (R. 14/2003 et Rs IV)**: la protection de l'intermédiaire financier sur le plan civil et pénal, en cas de violation des règles de confidentialité en matière de communication, était insuffisante selon le GAFI<sup>1287</sup>.
- **Sanctions (diverses dispositions)**: selon le GAFI, les sanctions prononcées par la CFB, l'AdC et l'OFAP en cas de violation de la LBA étaient insuffisantes. Par ailleurs, il y avait des inégalités de traitement en raison des différents régimes d'assujettissement de certains intermédiaires financiers (assujettissement à l'AdC ou affiliation à un OAR), ainsi que, possiblement, d'un OAR à un autre. Enfin, les autorités de surveillance prononçaient très peu de sanctions administratives pénales pour les violation de l'obligation de communication<sup>1288</sup>.
- **Succursales et filiales à l'étranger (R. 22/2003)**: les dispositions pertinentes ne s'appliquaient ni au secteur parabancaire ni aux assurances<sup>1289</sup>.
- **Autorités de surveillance (éléments en lien avec l'effectivité)**: les dispositions pour garantir l'indépendance des organes des OAR n'étaient ni développées ni formalisées et les contrôles effectués n'étaient pas homogènes<sup>1290</sup>.
- **Mise en œuvre de la Résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité des Nations Unies, gel et confiscation des fonds terroristes (Rs I/2003 et Rs III/2003)**: la Suisse ne disposait pas d'une procédure spécifique lui permettant de désigner des personnes selon la Résolution 1373<sup>1291</sup>.
- **Règles applicables aux virements électroniques (Rs VII/2003)**: il n'existait aucune obligation pour les intermédiaires financiers de conserver l'ensemble des informations sur le donneur d'ordre.

À notre sens, certaines critiques exprimées par le GAFI dénotent une sévérité excessive et semblent témoigner d'un manque de compréhension du système suisse<sup>1292</sup>. À titre d'exemple, on peut mentionner la critique relative à l'inefficacité du système de communication helvétique qui offre aux intermédiaires financiers le choix entre le droit et l'obligation de communiquer. Celle-ci relève, à notre sens, d'une incompré-

<sup>1286</sup> 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2005, tableau I, p. 238.

<sup>1287</sup> 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2005, tableau I, p. 238.

<sup>1288</sup> 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2005, tableau I, p. 240.

<sup>1289</sup> 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2005, tableau I, p. 240.

<sup>1290</sup> 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2005, tableau I, p. 241.

<sup>1291</sup> 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2005, tableau I, p. 243.

<sup>1292</sup> CASSANI relate que dans beaucoup de cas, il s'agit de points relativement mineurs, parfois appréciés avec un certain formalisme, ou résultant d'une incompréhension du système, par exemple, s'agissant de la fonction du droit de communication; cf. CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 286.

hension du système suisse qui toutefois n'est pas étonnante, si l'on considère que la déclaration de soupçons de blanchiment d'argent est devenue obligatoire pour les États membres du GAFI à l'occasion de la première révision des recommandations en 1996 et que, lors de la deuxième révision des recommandations en 2003, ce devoir a été étendu à des soupçons liés au financement du terrorisme<sup>1293</sup>. En revanche, d'autres critiques ont permis de préciser certaines dispositions législatives et d'en améliorer la portée. À titre d'exemple, on peut mentionner l'obligation pour l'ensemble des intermédiaires financiers d'effectuer une communication en cas de soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme au stade des négociations visant à entamer une relation d'affaires déjà<sup>1294</sup>.

## 7. Loi fédérale pour la mise en œuvre des recommandations du GAFI de 2005

Selon CASSANI, l'adaptation du droit suisse aux exigences découlant des recommandations du GAFI révisées en 2003 constitue un processus particulièrement intéressant, car il met particulièrement bien en évidence l'influence exercée par les standards du GAFI sur le processus législatif suisse. Le but poursuivi par cette révision législative était double : d'une part, il s'agissait de traduire dans la législation suisse les principes découlant de la révision des recommandations du GAFI de 2003. D'autre part, il fallait réviser la LBA, afin de rectifier des défauts évidents que la pratique avait mis en évidence depuis l'entrée en vigueur de cette loi en 1998. Au cours du processus de révision, un nouveau but s'est ajouté aux deux premiers, consistant à tenir compte des critiques exprimées par le GAFI lors du troisième cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse en 2005<sup>1295</sup>.

Avant le troisième cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse, le Conseil fédéral avait mis en consultation, le 12 janvier 2005, un avant-projet législatif accompagné d'un rapport explicatif qui fut fortement critiqué par les milieux intéressés arguant notamment que la portée des mesures proposées allait trop loin et qu'il manquait une évaluation de droit comparatif avec d'autres pays. En conséquence, le processus législatif fut arrêté temporairement et le Conseil fédéral décida, en réponse à deux postulats du conseiller d'État Philipp Stähelin<sup>1296</sup>, de faire une étude de droit comparé et une ana-

---

<sup>1293</sup> Rapport de gestion de la CFB, 1993, p. 247 à 248.

<sup>1294</sup> Message GAFI 2007, FF 2007 5919, p. 5936.

<sup>1295</sup> CASSANI, L'internationalisation du droit pénal économique, p. 285.

<sup>1296</sup> Postulats Philipp Stähelin du 17 mars 2005, relatif à la « Mise en œuvre des recommandations du GAFI à l'étranger. Évaluation. » (05.3175) et Postulat Philipp Stähelin du 17 juin 2005, « Recommandations du GAFI. Évaluation des coûts, de l'utilité et des résultats » (05.3456), in : L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse (<[www.parlement.ch](http://www.parlement.ch)>); consulter à ce titre : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?Affai>



lyse des coûts engendrés par l'insertion des recommandations du GAFI révisées dans le droit suisse<sup>1297</sup>. Entre-temps la Suisse fut évaluée par le GAFI de sorte qu'il fallait tenir compte des critiques exprimées dans le cadre du troisième cycle d'évaluations mutuelles.

Le 29 septembre 2006, le Département fédéral des finances (DFF) publia un rapport en exécution desdits postulats<sup>1298</sup> en tenant compte des résultats du troisième cycle d'évaluations mutuelles conduit par le GAFI. Le rapport démontrait que les autres pays qui devaient être évalués par le GAFI n'avaient pas encore fait des projets concrets pour la mise en œuvre des recommandations révisées au moment de l'analyse. Par ailleurs, l'étude de droit comparatif révéla qu'en comparaison avec les autres pays évalués, la Suisse était tout aussi performante, en ce qui concerne l'identification du cocontractant et de l'ayant droit économique, la gestion différenciée des risques de blanchiment, la surveillance automatisée des transactions ainsi que la surveillance des professions hors secteur financier. En revanche, le système helvétique présentait des lacunes en matière d'infractions préalables au blanchiment d'argent et concernant les mesures de transparence pour les personnes morales. Dans ce contexte, l'émission d'actions au porteur par les sociétés anonymes ne faisait pas l'objet d'un recensement. En outre, le transport physique d'espèces n'était pas contrôlé et il existait des limitations en matière de communication de soupçons, notamment dues au catalogue restreint des infractions préalables au blanchiment d'argent et au fait que les relations d'affaires avec des potentiels clients ne faisaient pas l'objet d'une communication au MROS en cas de soupçons<sup>1299</sup>. Fort de ce constat, le Conseil fédéral chargea le DFF de reprendre les travaux législatifs interrompus tout en tenant compte des critiques adressées par les milieux concernés et des recommandations faites à la Suisse par le GAFI lors du troisième cycle d'évaluations mutuelles. Le projet de loi de juin 2007<sup>1300</sup> soumis au Parlement se différençait de celui publié deux ans auparavant

---

rId=20053175> et <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AfFairId=20053456>> (22.11.2021).

<sup>1297</sup> CASSANI, L'internationalisation du droit pénal économique, p. 287 à 288; CASSANI, Droit pénal économique, p. 242, N 7.13.

<sup>1298</sup> DFF, Mise en œuvre des recommandations du GAFI à l'étranger et conséquences économiques des Recommandations, Rapport en exécution des postulats Stähelin 05.3175 et 05.3456 des 17 mars et 17 juin 2005, mai 2006.

<sup>1299</sup> DFF, mai 2006, Mise en œuvre des recommandations du GAFI à l'étranger et conséquences économiques des recommandations, Rapport en exécution des postulats Stähelin 05.3175 et 05.3456 des 17 mars et 17 juin 2005, chap. 3, p. 20 (infractions préalables au blanchiment d'argent), chap. 4, p. 25 (champ d'application de la réglementation anti-blanchiment), chap. 5, p. 37 (obligations de diligence), chap. 6, p. 61 (autorisation et surveillance des entreprises et professions non financières), chap. 7, p. 74 (transparence des personnes morales), chap. 8, p. 78 (passeurs de fonds: état des lieux sur la mise en œuvre de la Rs IX/2003); CASSANI, L'internationalisation du droit pénal économique, p. 288 à 289.

<sup>1300</sup> Message GAFI 2007, FF 2007 5919.

dans la mesure où plusieurs propositions furent abandonnées au profit d'un projet plus restreint<sup>1301</sup>.

La loi GAFI de 2008 fut adoptée par l'Assemblée fédérale le 3 octobre 2008 et entra en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2009<sup>1302</sup>. Elle étendit le champ d'application de la LBA au financement du terrorisme, améliora le système de communication de soupçons au MROS et introduisit de nouvelles infractions préalables au blanchiment d'argent<sup>1303</sup>.

### **7.1 Nouvelles infractions préalables au blanchiment d'argent, OBA-CFB 2008 et CDB 2008**

Le Conseil fédéral renonça à introduire une liste d'infractions préalables au blanchiment d'argent pour des raisons de praticabilité<sup>1304</sup>. Cela n'était pas nécessaire, car, selon les recommandations du GAFI de 2003, les pays pouvaient choisir: soit, d'introduire une liste comprenant des infractions préalables au blanchiment d'argent (*list-based approach*), définir un seuil lié à une catégorie d'infractions graves (*threshold approach*), décider que toutes les infractions graves devaient être considérées comme étant des infractions préalables au blanchiment d'argent (*all crimes approach*) ou encore choisir une combinaison de ces trois approches<sup>1305</sup>. En Suisse, le législateur érigea en crime les formes aggravées de la falsification (art. 155, al. 2, CP) et de la contrebande organisée (art. 14, al. 4, aDPA; art. 3, al. 3, let. b, EIMP), afin d'en faire des infractions préalables au blanchiment d'argent<sup>1306</sup>. Ainsi, la Suisse s'est abstenue de faire de la manipulation de cours et des délits d'initiés une infraction préalable au blanchiment d'argent, bien qu'ils soient prévus comme tels dans les recommandations du GAFI<sup>1307</sup>. Il s'ensuit qu'à l'époque, la Suisse se trouvait en décalage avec les re-

---

<sup>1301</sup> Message GAFI 2007, FF 2007 5919, p. 5920; Les obligations suivantes furent notamment abandonnées: l'obligation d'annoncer et d'identifier les actions au porteur, l'intégration des infractions boursières dans le catalogue des infractions préalables au blanchiment d'argent et l'extension partielle du dispositif de la LBA à des personnes qui se livrent à certaines activités commerciales, à savoir le commerce de biens immobiliers et de métaux précieux ou de pierres précieuses ainsi que le commerce d'œuvres d'art, et perçoivent des sommes importantes d'argent au comptant. Cf. CASSANI, L'internationalisation du droit pénal économique, p. 290, p. 365; KARRER, p. 6, N 23, p. 8, N. 31 à 33.

<sup>1302</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, RO 2009 361, FF 2008 7553.

<sup>1303</sup> Le législateur érigea en crime les formes aggravées de la falsification (art. 155, al. 2, CP) et de la contrebande organisée (art. 14, al. 4, aDPA, qui était limité à la contrebande); TAUBE, p. 56; CASSANI, Droit pénal économique, p. 243, N 7.15 et la note de bas de page n° 24.

<sup>1304</sup> KARRER, p. 7, N 25.

<sup>1305</sup> Les recommandations du GAFI, 2003, cf. R. 1/2003 relative aux infractions préalables de blanchiment d'argent; cf. aussi MOLO/GALLIANO, L'introduction du blanchiment fiscal, p. 3, N 2; Taube, thèse, p. 56.

<sup>1306</sup> Kommentar Kriminellen Vermögen 2018, PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN ad Art. 260<sup>ter</sup> StGB N 64; Message GAFI 2007, FF 2007 5919, p. 5926 à 5931.

<sup>1307</sup> Les recommandations du GAFI 2003, Glossaire, p. 16.

commandations du GAFI sur ce point<sup>1308</sup>. L'ancienne LBVM fut révisée en 2012 pour ériger les opérations d'initiés et la manipulation de cours en crimes préalables au blanchiment d'argent et entra en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2013<sup>1309</sup>. Toutefois, avec l'entrée en vigueur de la LIMF le 1<sup>er</sup> janvier 2016, les dispositions relatives aux délits d'initiés et à la manipulation de cours ont été introduites dans cette loi. En cas de délit d'initié (art. 154 al. 2, LIMF) ou de manipulation de cours (art. 155, al. 3, LIMF) et si l'avantage pécuniaire recherché excède 1 million CHF, le juge peut prononcer une peine privative de liberté de cinq ans ou une peine pécuniaire. Enfin, les actions au porteur ont été interdites en Suisse en 2019 avec toutefois des exceptions<sup>1310</sup>.

Certaines des mesures identifiées par le GAFI, lors du troisième cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse, ne nécessitaient pas de modifications législatives et furent transposées par les autorités de surveillance respectives dans leurs ordonnances<sup>1311</sup>. L'OBA-OFAP entra en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007<sup>1312</sup>, tandis que l'OBA-CFB entra en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2008<sup>1313</sup>. Cette dernière a principalement introduit les nouveautés suivantes :

- **Le champ d'application de l'OBA-CFB a été élargi** aux sociétés d'investissement à capital fixe et variable, aux sociétés en commandite de placements collectifs et aux gestionnaires au sens de l'art. 18 LPCC<sup>1314</sup> (art. 2, al. 1, OBA-CFB 2008<sup>1315</sup>).
- **Des nouvelles obligations furent introduites pour les succursales et les sociétés de groupe étrangères (art. 3, al. 1, OBA-CFB 2008<sup>1316</sup>)**. Par exemple, l'interdiction de financer le terrorisme ou l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant et de l'ayant droit économique.

<sup>1308</sup> CASSANI, L'internationalisation du droit pénal économique, p. 330.

<sup>1309</sup> Communiqué de presse du Conseil fédéral du 10 avril 2013 : «Droit boursier: entrée en vigueur de la nouvelle réglementation en matière d'abus de marché», in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre: (<<https://www.admin.ch/gov/fr/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-48433.html>> (22. 11. 2021)).

<sup>1310</sup> Cf. partie II, titre II, chapitre 9.2.

<sup>1311</sup> Message GAFI 2007, FF 2007 5919, 5925.

<sup>1312</sup> Ordonnance du 24 octobre 2006 de l'OFAP sur la lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-OFAP), RO 2006 4413.

<sup>1313</sup> Ordonnance du 20 décembre 2007 de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB 2008), RO 2008 2017.

<sup>1314</sup> Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (LPCC), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007, RO 2006 5379.

<sup>1315</sup> Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 20 décembre 2007 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB 2008), RO 2008 2017, p. 2017.

<sup>1316</sup> Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 20 décembre 2007 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB 2008), RO 2008 2017, p. 2018.

- **Les relations d'affaires avec des banques fictives furent interdites (art. 5<sup>bis</sup> OBA-CFB 2008<sup>1317</sup>).**
- **Les relations d'affaires avec des banques correspondantes étrangères devaient être classées à risque accru, conformément la R. 7/2003 (art. 7, al. 3, OBA-CFB 2008<sup>1318</sup>).** L'étendue des clarifications dépendait de la réglementation et de la surveillance à laquelle la banque correspondante était soumise dans son pays (art. 17, al. 3, OBA-CFB 2007<sup>1319</sup>).
- **Les assujettis devaient choisir un personnel intègre et ils devaient le former correctement conformément à la R. 15/2003 (art. 11 OBA-CFB 2008<sup>1320</sup>).**
- **Nouvelles technologies (art. 11<sup>bis</sup> OBA-CFB 2008<sup>1321</sup>):** les assujettis devaient identifier, limiter et contrôler les risques liés aux nouvelles technologies.
- **L'obligation d'indiquer le donneur d'ordre lors de virements électroniques conformément à la Rs 7/2003 (art. 15 OBA-CFB 2008<sup>1322</sup>)** a été élargie aux virements électroniques nationaux, toutefois une exception a été introduite pour les virements inférieurs à 1500 CHF.

La CDB 2008, accompagnée d'un commentaire pratique<sup>1323</sup>, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2008 en même temps que l'OBA-CFB 2008 à laquelle elle était intrinsèquement liée. Les principales modifications peuvent être résumées comme suit :

- **L'ouverture de nouveaux livrets au porteur (ch. 5 CDB 2008) fut interdite.** Par ailleurs, les livrets existants devaient être annulés lors de la première présentation physique du client. Les personnes effectuant des retraits devaient être identifiées.
- **Personnes morales (ch. 14, CDB 2008) et sociétés de domicile (ch. 38, al. 2 et ch. 39, CDB 2008):** la procédure d'identification des personnes morales fut unifiée. Par ailleurs, les personnes physiques qui ouvraient un compte pour une personne morale devaient être identifiées et les pouvoirs de représentation devaient être documentés par la banque. La définition des sociétés de domicile fut révisée,

---

<sup>1317</sup> Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 20 décembre 2007 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB 2008), RO 2008 2017, p. 2018.

<sup>1318</sup> Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 20 décembre 2007 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB 2008), RO 2008 2017, p. 2019.

<sup>1319</sup> Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 20 décembre 2007 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB 2008), RO 2008 2017, p. 2021.

<sup>1320</sup> Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 20 décembre 2007 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB 2008), RO 2008 2017, p. 2019.

<sup>1321</sup> Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 20 décembre 2007 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB 2008), RO 2008 2017, p. 2019.

<sup>1322</sup> Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 20 décembre 2007 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB 2008), RO 2008 2017, p. 2020.

<sup>1323</sup> Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08).

afin d'offrir aux banques plus de flexibilité dans le cadre de la catégorisation des relations d'affaires. La banque devait toutefois documenter sa décision.

- **Un nouveau formulaire T fut introduit pour formaliser l'absence d'ayant droit économique pour les trusts, les fondations et autres entités patrimoniales (ch. 43, al. 2, CDB 2008).** Toutefois, la banque devait vérifier l'identité du *trustee* et requérir une confirmation attestant que ce dernier était autorisé à ouvrir la relation d'affaires (précision apportée au ch. 15, CDB 2008).
- **Un nouveau délai de 90 jours fut introduit (ch. 24, CDB 2008) pour requérir la documentation manquante.** En effet, lorsque la documentation d'ouverture d'une relation d'affaire n'était pas complète, le titulaire pouvait utiliser le compte sans effectuer des retraits durant 90 jours (avant: 30 jours). Passé ce délai, la banque pouvait clôturer la relation d'affaires pour autant que les conditions des art. 9 s. LBA, ne s'y opposaient pas.
- **Autres modifications:** pour les comptes au nom de sociétés opérationnelles, utilisés pour des prestations professionnelles comme l'affacturage, le recouvrement de créances, l'administration d'immeuble (ch. 32, al. 2, CDB 2008), un allègement pour l'identification de l'ayant droit économique fut introduit. En outre, le formulaire R réservé aux avocats et notaires n'était plus restreint à des cas particuliers (art. 5 CDB 2008).

## 7.2 Révision de la LBA, constitution de la FINMA et OBA-FINMA

La LBA a été révisée afin d'y intégrer les modifications introduites par la constitution de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et pour tenir compte des exigences de la loi GAFI de 2008. La LBA révisée qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2009<sup>1324</sup> (ci-après: LBA 2009), a mis en œuvre la grande majorité des recommandations formulées par le GAFI lors du troisième cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse. Elle contenait principalement les modifications suivantes:

- **Le champ d'application de la LBA a été élargi (art. 1 LBA 2009<sup>1325</sup>)** à la lutte contre le financement du terrorisme (art. 260<sup>quinquies</sup> CP), partant toutes les obligations de diligence ont été étendues au financement du terrorisme.
- **Les intermédiaires financiers étaient désormais obligés de vérifier les pouvoirs de représentation et l'identité** des personnes qui ouvraient une relation d'affaires pour des personnes morales (art. 3, al. 1, LBA 2009<sup>1326</sup>).

<sup>1324</sup> LBA dans sa version du 1<sup>er</sup> février 2009, modifiée par la loi GAFI de 2008, RO 2009 361.

<sup>1325</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, RO 2009 361, p. 362.

<sup>1326</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, RO 2009 361, p. 363.

- **Les intermédiaires financiers devaient identifier l'objet et le but des relations d'affaires (art. 6, al. 1, LBA 2009<sup>1327</sup>)**. Les clarifications devaient être faites en fonction du risque.
- **Introduction d'une clause de bagatelle (art. 7a LBA 2009<sup>1328</sup>)** en cas de valeurs patrimoniales de faible valeur et en l'absence d'indices de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme.
- **Obligation de communication en cas de soupçons, lors de l'interruption de négociations visant à établir une relation d'affaires (art. 9, al. 1, let. b, LBA 2009<sup>1329</sup>)**. Par ailleurs, les communications faites sur la base du droit de communiquer (art. 305<sup>ter</sup>, al. 2, CP) devaient dorénavant être directement adressées au MROS, et non plus aux autorités pénales (art. 9, al. 1, let. a, ch. 1, LBA 2009<sup>1330</sup>). Ces deux modifications devaient permettre de tenir compte des critiques soulevées par le GAFI lors du troisième cycle d'évaluations mutuelles<sup>1331</sup>.
- **Interdiction d'informer en cas de communication (art. 10a, al. 2 et 3, LBA 2009<sup>1332</sup>)**: l'intermédiaire financier ne devait informer ni les personnes concernées ni les tiers durant la durée du blocage des valeurs patrimoniales. S'il n'était pas habilité à bloquer lui-même les avoirs (p.ex. les gérants de fortune indépendants), il pouvait s'adresser à l'intermédiaire financier en mesure d'opérer un tel blocage. Par ailleurs, les intermédiaires financiers appartenant au même groupe ou fournissant des services communs à un client pouvaient se renseigner réciproquement sur le fait d'avoir effectué une communication.
- **La protection de l'intermédiaire financier sur le plan civil et pénal pour violation des règles de confidentialité en cas de communication, a été renforcée (art. 11 LBA 2009<sup>1333</sup>)**. La notion de «diligence requise par les circonstances» fut abandonnée au profit de la notion de «bonne foi», moins restrictive et recommandée par le GAFI. Désormais il était suffisant que, lors d'une communication, l'intermédiaire financier agisse de bonne foi. Le même régime s'appliquait aux affiliés des OAR en cas de communication de soupçons (art. 27, al. 4, LBA 2009).

---

<sup>1327</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, RO 2009 361, p. 363.

<sup>1328</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, RO 2009 361, p. 363.

<sup>1329</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, RO 2009 361, p. 363 à 364.

<sup>1330</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, RO 2009 361, p. 363.

<sup>1331</sup> Cf. partie II, titre II, chapitre 6.5.

<sup>1332</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, RO 2009 361, p. 364.

<sup>1333</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, RO 2009 361, p. 364.

- **Entraide administrative (art. 29a-32 LBA 2009<sup>1334</sup>)**: les autorités pénales devaient informer le MROS des décisions de non-entrée en matière relatives aux art. 260<sup>ter</sup>, 260<sup>quinquies</sup>, 305<sup>bis</sup> ou 305<sup>ter</sup>, CP, et des décisions prises à la suite des dénonciations reçues par le MROS. Enfin, défense était faite au MROS de communiquer aux autorités de poursuite pénale étrangères, l'identité de l'intermédiaire financier ou des employés ayant fait une communication.
- **Dispositions finales (art. 41 LBA 2009<sup>1335</sup>)**: le Conseil fédéral s'est vu attribuer la compétence législative pour édicter des dispositions de mise en œuvre de la LBA, tandis que la FINMA et la CFMJ ont reçu la compétence pour édicter des dispositions d'exécution de portée technique en la matière.

Enfin, la LD a été complétée par un nouvel article prévoyant que l'Administration fédérale des douanes devait soutenir la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le cadre de ses tâches<sup>1336</sup>. Cette nouvelle disposition devait tenir compte de la critique formulée par le GAFI, à l'occasion du troisième cycle d'évaluations mutuelles, concernant la mise en œuvre de la Rs XI/2004 relative aux passeurs de fonds et au manque de contrôles douaniers dans ce domaine. À notre sens, cette réglementation est d'ordre général et ne semble pas remplir spécifiquement le but de la Rs XI/2004 au sens du GAFI<sup>1337</sup>.

L'obligation d'annoncer les principaux titulaires d'actions au porteur qui participaient aux assemblées générales et la clause visant les personnes qui acceptent ou gèrent des fonds dans le cadre de la création d'une société ont été abandonnées. CASSANI souligne que l'efficacité des mesures proposées était douteuse, si l'on considère qu'il suffisait qu'un blanchisseur ne participe pas à l'assemblée générale pour échapper à l'identification. En réalité, seul un registre général identifiant les porteurs d'actions aurait permis d'atteindre le but voulu par le GAFI, ce qui revenait à devoir abroger les actions au porteur<sup>1338</sup>. Douze ans plus tard, le législateur a adopté la loi sur le Forum mondial<sup>1339</sup> qui interdit l'émission d'actions au porteur

<sup>1334</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, RO 2009 361, p. 366.

<sup>1335</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, RO 2009 361, p. 366.

<sup>1336</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, RO 2009 361, p. 367.

<sup>1337</sup> Cf. sur ce point CASSANI, *L'internalisation du droit pénal économique*, p. 376, qui définit la modification législative comme étant notamment «très légère».

<sup>1338</sup> CASSANI, *L'internalisation du droit pénal économique*, p. 377.

<sup>1339</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (loi sur le Forum mondial), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2019, à l'exception des art. 697i, 697k, 697l, 697m et 731b, al. 1, ch. 4, du code des obligations, qui sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2021, RO 2019 3161.

(art. 622, al. 2<sup>bis</sup>, CO<sup>1340</sup>) à deux exceptions près. Cette question sera traitée de manière plus approfondie dans le cadre des révisions législatives récentes<sup>1341</sup>.

Par ailleurs, l'idée d'étendre le champ d'application de la LBA aux personnes faisant du commerce d'œuvres d'arts, d'immeubles, de pierres précieuses ou de métaux précieux, fut abandonnée. L'avant-projet prévoyait d'ériger la violation intentionnelle des règles de comportement en une contravention passible d'une amende s'élevant à 100 000 CHF, sans toutefois soumettre cette catégorie de commerçants à une surveillance de l'AdC ou des OAR<sup>1342</sup>. Selon CASSANI, la pertinence des quatre activités choisies dans l'avant-projet était douteuse, car d'autres commerçants acceptent des montants importants en espèces, par exemple les vendeurs de voitures, de bateaux ou d'avions. Toutefois, ces derniers étaient exemptés du champ d'application sans que la différence de traitement ait été motivée dans l'avant-projet de loi. Par ailleurs, l'auteur souligne que l'assujettissement à la LBA d'autres acteurs non financiers peut être contre-productif, s'il ne s'accompagne pas d'un contrôle efficace. Les arguments avancés par CASSANI sont toujours d'actualité et nous mènent à faire une comparaison avec le projet de révision de la LBA de 2019 qui prévoyait d'assujettir à certaines obligations de diligence les personnes physiques ou morales (conseillers) qui, à titre professionnel, préparent ou effectuent pour le compte de tiers des opérations en lien avec une ou plusieurs activités définies. Néanmoins, cette catégorie de professionnels ne devait pas être soumise à la surveillance d'une autorité étatique, ce qui soulève la question de l'utilité de cette mesure si elle n'est pas accompagnée d'un contrôle efficace<sup>1343</sup>. Toutefois, lors des débats parlementaires cette proposition très controversée a été écartée du projet de loi du Conseil fédéral<sup>1344</sup>.

Le 22 juin 2007, l'Assemblée fédérale a adopté la LFINMA prévoyant une autorité administrative chargée de surveiller les marchés financiers régis par les lois sur les marchés financiers, lois dont fait notamment partie la LBA (art. 1, let. f, LFINMA)<sup>1345</sup>, sous réserve des tâches déléguées aux OS et aux OAR<sup>1346</sup>. Les anciennes autorités de

---

<sup>1340</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (loi sur le Forum mondial), RO 2019 3161, p. 3161.

<sup>1341</sup> Cf. partie II, titre II, chapitre 8.1 et chapitre 9.2.

<sup>1342</sup> CASSANI, L'internationalisation du droit pénal économique, p. 284, p. 364.

<sup>1343</sup> Art. 2, al. 1, let. c du projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme; FF 2019 5341, p. 5341; Cf. partie II, titre II, chapitre 9.1.

<sup>1344</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237; BO N du 2 mars 2020, N 13 à N 20; BO E du 10 septembre 2020, E 734 s.; BO N du 15 décembre 2020, N 2547 s.; BO N du 1<sup>er</sup> mars 2021, N 8 s.

<sup>1345</sup> Message du 1<sup>er</sup> février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741, p. 2820; CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 292; CASSANI, Droit pénal économique, p. 240, N 7.8.



surveillance, à savoir la CFB, l'OFAP et l'AdC ont fusionné au sein de la FINMA le 1<sup>er</sup> janvier 2009 (art. 58, al. 1, dispositions transitoires LFINMA, dans sa version en vigueur en date du 1<sup>er</sup> janvier 2009<sup>1347</sup>). L'objectif poursuivi était d'améliorer la structure institutionnelle de la surveillance, afin de pouvoir assumer plus rapidement, plus efficacement et de manière plus coordonnée les tâches de surveillance en constante évolution et devenues très complexes<sup>1348</sup>.

À cette même occasion, la LBA a été révisée pour notamment y intégrer les nouvelles fonctions de surveillance en matière de lutte contre le blanchiment d'argent attribuées à la FINMA. Ces modifications ont été introduites par la LFINMA dans sa version en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2009<sup>1349</sup> et concernaient essentiellement les points suivants :

- **Obligation de communication des autorités de surveillance (art. 16 aLBA<sup>1350</sup>)** : la FINMA et la CFMJ devaient immédiatement prévenir le MROS en cas de soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme ou si des valeurs patrimoniales provenaient d'un crime ou encore étaient soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle.
- **Registre public (art. 18a aLBA<sup>1351</sup>)** : la FINMA devait tenir un registre des intermédiaires financiers mentionnés à l'art. 2, al. 3, aLBA, qui étaient affiliés à un OAR. Ce registre devait être accessible au public sous forme électronique.
- **Échange d'informations et obligation de dénoncer (art. 27 aLBA<sup>1352</sup>)** : l'introduction de ce nouvel article devait permettre l'échange d'informations nécessaires entre la FINMA et les OAR.
- **Modification de la violation de l'obligation de communiquer (art. 37 aLBA<sup>1353</sup>)** : la disposition devait exprimer plus clairement que la négligence est punissable<sup>1354</sup>. En outre, l'amende fut relevée à 500 000 CHF en cas de violation intentionnelle et à 150 000 CHF en cas de violation par négligence.

<sup>1346</sup> Pour une vue d'ensemble des OS et des OAR, le lecteur est renvoyé à la partie II, titre II, chapitre 6.1.

<sup>1347</sup> Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, RO 2008 5207, p. 5224.

<sup>1348</sup> ROTH, Die Spielregeln des Private Banking, p. 222.

<sup>1349</sup> Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, RO 2008 5207.

<sup>1350</sup> Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, RO 2008 5207, p. 5246.

<sup>1351</sup> Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, RO 2008 5207, p. 5247.

<sup>1352</sup> Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, RO 2008 5207, p. 5249.

<sup>1353</sup> Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, RO 2008 5207, p. 5250.

<sup>1354</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 371.

À un niveau inférieur du point de vue de la hiérarchie des normes, la FINMA a renommé, sans toutefois procéder à une adaptation matérielle, les trois ordonnances de blanchiment d'argent émises par les autorités de surveillance qui l'ont précédée, en OBA-FINMA 1<sup>1355</sup> (anciennement OBA-CFB 2007), OBA-FINMA 2<sup>1356</sup> (anciennement OBA-OFAP) et OBA-FINMA 3<sup>1357</sup> (anciennement OBA-AdC 2004). Ce n'est que lorsque les trois ordonnances ont été intégrées dans l'OBA-FINMA 2010<sup>1358</sup>, en date du 1<sup>er</sup> janvier 2011, qu'il y a eu des adaptations matérielles importantes. Ainsi, de nombreuses dispositions ont été intégralement reprises, mais des modifications ont été apportées en cas d'inégalité de traitement injustifiée entre les différents domaines de surveillance<sup>1359</sup>.

La FINMA est un établissement de droit public doté d'une personnalité juridique propre (art. 5, al. 1, LFINMA) et exerçant son activité de surveillance des marchés financiers de manière indépendante et autonome (art. 21, al. 1, LFINMA). Elle est soumise à la surveillance du Conseil fédéral (art. 21, al. 1, LFINMA) ainsi qu'à la haute surveillance de l'Assemblée fédérale (art. 21, al. 4, LFINMA). Par ailleurs, la FINMA perçoit des émoluments pour chaque procédure de surveillance, pour les prestations qu'elle fournit ainsi qu'une taxe de surveillance annuelle par domaine de surveillance pour financer les coûts qui ne sont pas couverts par les émoluments (art. 15, al. 1, LFINMA). La FINMA peut prononcer un large éventail de mesures d'*enforcement* pour la mise en œuvre du droit de la surveillance (art. 29 à 37 LFINMA). La procédure est régie par la loi fédérale sur la procédure administrative<sup>1360</sup>. Lors de violations graves du droit de la surveillance, la FINMA peut notamment prononcer une interdiction d'exercer allant jusqu'à cinq ans pour des personnes occupant un poste dirigeant, elle peut ordonner la confiscation du gain acquis et de la perte évitée par un assujetti et retirer l'autorisation, l'agrément ou l'enregistrement d'un assujetti. Par ailleurs, la FINMA peut publier les décisions finales y compris les données des assujettis concer-

---

<sup>1355</sup> Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans le domaine des banques, des négociants en valeurs mobilières et des placements collectifs (Ordonnance 1 de la FINMA sur le blanchiment d'argent; OBA-FINMA 1), RO 2003 554.

<sup>1356</sup> Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans le domaine des assurances privées (Ordonnance 2 de la FINMA sur le blanchiment d'argent; OBA-FINMA 2), RO 2006 4413.

<sup>1357</sup> Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans les secteurs financiers (Ordonnance 3 de la FINMA sur le blanchiment d'argent; OBA-FINMA 3), RO 2008 5313.

<sup>1358</sup> Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 18 décembre 2010 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent; OBA-FINMA), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, RO 2010 6295.

<sup>1359</sup> TAUBE, thèse, p. 63.

<sup>1360</sup> Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA; RS 172.021).

nés dans le processus relevant du *naming and shaming* (art. 34 LFINMA)<sup>1361</sup>. Au vu de ce qui précède, le législateur a élargi le catalogue de mesures contraignantes (mesures d'*enforcement*) par rapport à celles de la CFB qui pouvait uniquement retirer l'autorisation d'exercer ou prononcer un blâme<sup>1362</sup>.

Enfin, la LFINMA prévoit des dispositions de nature pénale : à titre d'exemple, en cas d'exercice sans droit d'une activité sujette à autorisation (art. 44, al. 1, LFINMA) l'auteur encourt une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. Les infractions dans la LFINMA ou dans les lois sur les marchés financiers relèvent de la compétence de la DPA, ce qui implique qu'en cas de violation, la FINMA doit adresser une dénonciation pénale au DFF en qualité d'autorité de poursuite et de jugement (art. 50, al. 1, LFINMA). En cas de recours ou si le DFF estime que les conditions pour infliger une peine ou une mesure privative de liberté sont remplies, le jugement relève de la juridiction fédérale. Le cas échéant, le DFF dépose le cas auprès du MPC qui le transmet au Tribunal pénal fédéral (art. 50, al. 2, LFINMA).

Le début de l'activité de la FINMA n'a pas été simple, car il a coïncidé avec la crise financière, alors que la constitution d'une autorité unique de surveillance des marchés financiers avait été décidée bien avant<sup>1363</sup>. Ainsi, parallèlement aux activités d'autorisation, de surveillance, d'*enforcement* et de réglementation qui constituent les tâches quotidiennes de l'autorité de surveillance et en plus du développement stratégique, conceptuel et organisationnel de l'autorité, il a fallu accompagner la branche au travers de la crise financière, la crise de l'euro et la dette souveraine ainsi que le changement de paradigme dans la gestion de fortune transfrontière<sup>1364</sup>. Après dix ans d'existence, la FINMA a su intégrer les trois anciennes autorités de surveillance qui l'ont précédée et a pu s'établir tant sur le plan national qu'international<sup>1365</sup>. Néanmoins, afin de concrétiser les responsabilités et les compétences de la FINMA dans les domaines de la réglementation et des tâches internationales, le Conseil fédéral a adopté, lors de sa séance du 13 décembre 2019, une nouvelle ordonnance relative à la loi sur la

<sup>1361</sup> ROTH, Die Spielregeln des Private Banking, p. 223 à 224; voir aussi CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 293.

<sup>1362</sup> CASSANI, L'internalisation du droit pénal économique, p. 294.

<sup>1363</sup> Cf. Message du Conseil fédéral du 1<sup>er</sup> février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN), FF 2006 2741.

<sup>1364</sup> FINMA, Rapport annuel 2014, p. 2.

<sup>1365</sup> Cf. allocution de Thomas Bauer, président du conseil d'administration de la FINMA jusqu'à la fin décembre 2020, lors de la conférence de presse annuelle de la FINMA, le 4 avril 2019, «Dix ans de la FINMA: Une autorité dynamique pour une place financière dynamique», in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<www.finma.ch>); consulter à ce titre: <<https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/referate-und-artikel/20190404-rede-baut-jmk-2019.pdf?la=f>> (22.11.2021).

surveillance des marchés financiers (O-FINMA)<sup>1366</sup>. Celle-ci est une réponse à diverses critiques concernant la surréglementation de la FINMA dans le domaine du droit des marchés financiers ainsi qu'à différentes interventions parlementaires, en particulier à une motion du conseiller national Martin Landolt<sup>1367</sup>, qui a été acceptée par le Conseil fédéral en 2017.

La nouvelle ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2020 et prévoit des règles en matière de partage de compétence entre la FINMA et le DFF. Toutefois, l'indépendance de la FINMA n'est pas remise en cause par la nouvelle ordonnance qui a pour but de formaliser des responsabilités et des processus qui, pour l'essentiel, sont déjà en place. Les dispositions concernant le processus de réglementation de la FINMA contiennent cependant quelques nouveautés : ainsi, la FINMA est désormais tenue de procéder à une consultation formelle des offices en cas d'adoption et de modification non seulement de ses ordonnances, mais aussi de ses circulaires. Les prescriptions correspondantes figurent dans la version actualisée des lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers qui ont été publiées le 16 décembre 2019<sup>1368</sup>.

## **8. Loi fédérale pour la mise en œuvre des recommandations du GAFI, révisées en 2012**

En octobre 2009, la Suisse a soumis au GAFI son quatrième rapport de suivi régulier sur les progrès réalisés depuis la dernière évaluation mutuelle de 2005. Le GAFI a reconnu que la Suisse avait pris des mesures suffisantes pour améliorer son système<sup>1369</sup>, bien que certaines critiques adressées par les évaluateurs n'avaient pas encore été mises en œuvre<sup>1370</sup>.

---

<sup>1366</sup> Ordonnance du 13 décembre 2019 relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers, RO 2020 137.

<sup>1367</sup> Motion 17.3317 « Marchés financiers. Répartir clairement les responsabilités entre pilotage politique et surveillance », déposée par le conseiller national Martin Landolt le 4 mai 2017 et acceptée par le Conseil fédéral le 30 août 2017, in : L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<[www.parlement.ch](http://www.parlement.ch)>); consulter à ce titre : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-uria-vista/geschaefte?AffairId=20173317>> (22.11.2021).

<sup>1368</sup> Communiqué de presse de la FINMA du 16 décembre 2019, « Actualisation des lignes directrices de la FINMA concernant la réglementation des marchés financiers », in : Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<<https://www.finma.ch>>), consulter à ce titre : <<https://www.finma.ch/fr/news/2019/12/20191216-meldung-rl-finanzmarktregulierung/>> (22.11.2021).

<sup>1369</sup> Rapport de suivi de la Suisse, 2009, p. 2.

<sup>1370</sup> Le législateur a notamment renoncé à adopter ou réviser les points suivants : 1) Élargissement de la définition d'intermédiaire financier aux personnes qui acceptent ou gèrent des fonds en lien avec la création de sociétés ; 2) Extension du champ d'application matériel de la LBA aux commerçants d'œuvres d'art, de métaux précieux, de pierres précieuses ou de commerçants

Afin de se conformer aux recommandations du GAFI, révisées en 2012<sup>1371</sup>, la Suisse a entrepris d'amples modifications législatives<sup>1372</sup>. L'introduction du blanchiment d'argent fiscal à l'art. 305<sup>bis</sup>, al. 1 et al. 1<sup>bis</sup>, CP a été très critiquée par les milieux économiques et par la doctrine<sup>1373</sup> et a fait couler beaucoup d'encre<sup>1374</sup>. La critique tenait essentiellement au fait que, dans la législation en matière de fiscalité directe, aucune infraction ne constituait un crime jusqu'en 2016. Elle soulignait aussi les incertitudes et les difficultés pratiques liées à la mise en œuvre de la nouvelle disposition, suite notamment à un seuil quantitatif obligeant les intermédiaires financiers à acquérir une connaissance détaillée du droit fiscal étranger et de la situation fiscale de leurs clients<sup>1375</sup>.

La loi GAFI de 2014 a été adoptée par le Parlement le 12 décembre 2014<sup>1376</sup> modifiant en tout huit lois fédérales<sup>1377</sup>. Malgré ce projet législatif d'envergure et les efforts considérables accomplis par la Suisse, lors du quatrième cycle d'évaluations mutuelles en 2016, le GAFI est arrivé à la conclusion que le dispositif suisse présentait des lacunes et que des améliorations étaient donc encore nécessaires<sup>1378</sup>.

### 8.1 Modifications législatives introduites par la loi GAFI de 2014

Dans ce chapitre, nous exposerons par champ thématique les principales modifications introduites par la loi GAFI de 2014<sup>1379</sup>:

---

d'immeubles qui réceptionnent des sommes d'argent importantes; 3) Introduction d'une obligation d'annonce pour les principaux titulaires d'actions au porteur qui participent aux assemblées générales. En outre, le législateur a renoncé à ériger en crime le délit d'initié et la manipulation de cours; cf. CASSANI, L'internalisation du droit économique, p. 365 à 366.

<sup>1371</sup> Pour un résumé des recommandations du GAFI, révisées en 2012, consulter la partie I, titre I, chapitre 2.5.1.

<sup>1372</sup> À titre d'exemple KUNZ: Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012, N5, précisant qu'il s'agit de la plus ample révision des dispositions de lutte contre le blanchiment d'argent depuis l'entrée en vigueur de la LBA, qui va même au-delà de celle-ci.

<sup>1373</sup> MOLO/GALLIANO, L'introduction du blanchiment fiscal, p. 6, N11 à 12; CASSANI, L'extension du système de lutte contre le blanchiment d'argent aux infractions fiscales, p. 90.

<sup>1374</sup> À titre d'exemple: NAEF FRANCESCO/CLERICI MICHELE, Steuerstraftaten als Vortaten der Geldwäscherei: Der Weg in la Terreur, in: Jusletter 7 avril 2014; SUTER CHRISTOPH/REMUND CÉDRIC, Infractions fiscales, blanchiment et intermédiaires financiers. Questions choisies de la pratique pour la mise en œuvre de la révision législative «GAFI 2012», in: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR), Zurich, 1/2015.

<sup>1375</sup> MOLO/GALLIANO, L'introduction du blanchiment fiscal, p. 20, N35; CASSANI URSULA, L'infraction fiscale comme crime sous-jacent au blanchiment d'argent, p. 90.

<sup>1376</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389.

<sup>1377</sup> CC, CO, CP, DPA, LBA, LPCC, LP, LTI.

<sup>1378</sup> Cf. partie II, titre II, chapitre 8.3.

<sup>1379</sup> RICCARDO SANSONETTI, Le Parlement met en œuvre les recommandations du GAFI, publié le 12 décembre 2014 par le Centre de droit bancaire et financier, in: Centre de droit bancaire et financier (CDBF), (<[www.cdbf.ch](http://www.cdbf.ch)>); consulter à ce titre: <<https://cdbf.ch/924/#>> (22.11.2021). Le résumé de RICCARDO SANSONETTI n'a pas été reproduit intégralement.

- **Enregistrement des fondations de famille et ecclésiastiques (art. 6b, al. 2<sup>bis</sup>, titre final CC<sup>1380</sup>)**: l'obligation d'enregistrement au RC des fondations a été étendue afin d'inclure aussi les fondations de famille et ecclésiastiques. Ces fondations disposaient d'un délai de cinq ans pour s'inscrire à partir de l'entrée en vigueur de la loi.
- **Ayant droit économique (ADE)**: selon la R. 10/2012, l'intermédiaire financier doit systématiquement identifier l'ayant droit économique d'une relation d'affaires et vérifier son identité selon une approche fondée sur les risques. L'art. 4, al. 1, LBA<sup>1381</sup> indique désormais explicitement que l'intermédiaire financier doit identifier l'ayant droit économique avec la diligence requise par les circonstances. Une exception est possible lorsque le cocontractant est une société cotée en bourse ou une filiale détenue majoritairement par une société cotée en bourse (art. 4, al. 1 *in fine*, LBA<sup>1382</sup>).
- **Transparence des personnes morales/actions au porteur**: les R. 10 et R. 24/2012 du GAFI exigent notamment que soient prises des mesures visant, d'une part, la transparence des sociétés non cotées en bourse émettant des actions au porteur et, d'autre part, l'identification de l'ayant droit économique de personnes morales. Ainsi, la loi GAFI de 2014 a introduit pour les sociétés non cotées en bourse, une obligation d'annonce de l'actionnaire au porteur ainsi que de l'ayant droit économique à partir d'un certain seuil de prise de participation. Par ailleurs, les nouvelles dispositions offraient aux sociétés avec actions au porteur quatre possibilités à cet effet. Toutefois, entre-temps deux de ces quatre options ont été à nouveau abrogées<sup>1383</sup> suite à l'adoption par l'Assemblée fédérale de la loi sur le Forum

---

ment, afin de mettre l'accent sur les éléments les plus importants. De plus, il a été complété par les nouveautés législatives introduites par la loi du Forum mondial et les références pertinentes au RO.

<sup>1380</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389.

<sup>1381</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389.

<sup>1382</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389, p. 1398.

<sup>1383</sup> La loi GAFI de 2014 prévoyait que l'actionnaire devait annoncer à la société l'acquisition d'action(s) au porteur et, si sa participation atteignait ou dépassait le seuil de 25% du capital-actions ou des voix, il devait également annoncer l'ayant droit économique des actions. L'actionnaire devait annoncer à la société soit son nom et son prénom, soit sa raison sociale, ainsi que son adresse (art. 697i CO, cf. RO 2015 1389, p. 1390). Toutefois, l'art. 697j CO a été abrogé avec l'entrée en vigueur de la loi sur le Forum mondial (cf. RO 2019 3161, p. 3161). De plus, il n'est plus possible, comme cela était prévu par la loi GAFI de 2014, d'effectuer une annonce de l'actionnariat auprès d'un intermédiaire financier au sens de la LBA (art. 697k CO, RO 2015 1389, p. 1391), car cet article a été abrogé avec l'entrée en vigueur de la loi sur le Forum mondial (cf. RO 2019 3161, p. 3162). En revanche, il sera toujours possible pour l'assemblée générale de convertir de manière facilitée des actions au porteur en actions nominatives (art. 704a CO, introduit par la loi GAFI de 2014, cf. RO 2015 1389, p. 1392). Enfin, l'émission des titres au porteur sous forme de titres intermédiés sera possible, à condition que le dépositaire central

mondial le 21 juin 2019<sup>1384</sup>. En effet, la nouvelle loi autorise les actions au porteur que si la société a des titres de participation cotés en bourse ou si les actions au porteur sont émises sous forme de titres intermédiés (art. 622, al. 1<sup>bis</sup> et 2<sup>ter</sup><sup>1385</sup>, loi sur le Forum mondial). Par ailleurs, les actions au porteur non autorisées doivent être converties en actions nominatives 18 mois après l'entrée en vigueur de la loi, soit le 1<sup>er</sup> mai 2021 (art. 2 des dispositions transitoires<sup>1386</sup>, loi sur le Forum mondial). En outre, ladite loi prévoit un mécanisme d'annonce de l'actionnaire et des ayants droit économiques des actions (art. 697j<sup>1387</sup> et 790a<sup>1388</sup>). Enfin, cinq années après l'entrée en vigueur de la loi sur le Forum mondial, soit le 1<sup>er</sup> novembre 2024, les actions d'actionnaires qui n'ont pas été annoncées seront annulées (art. 8 des dispositions transitoires<sup>1389</sup> de la loi sur le Forum mondial). Les modifications introduites par la loi sur le Forum mondial seront traitées plus en détail dans ce titre<sup>1390</sup>.

- **Infractions fiscales graves préalables au blanchiment d'argent**: en matière de fiscalité indirecte, la loi GAFI de 2014 a étendu l'infraction préalable en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> février 2009 (escroquerie fiscale qualifiée au sens de l'art. 14, al. 4, DPA<sup>1391</sup>) – qui constitue un crime – au-delà du trafic transfrontière de marchandises afin de couvrir d'autres impôts de la Confédération, en particulier la TVA sur les opérations internes et les services ou l'impôt anticipé. En ce qui concerne la fiscalité directe, le législateur a décidé que l'usage de faux (conformément à l'art. 186 LIFD) ou la fraude fiscale (selon l'art. 59 LHID) – qui sont tous deux des délits – devaient constituer des infractions préalables au blanchiment d'argent lorsque les impôts sur les revenus et la fortune, le bénéfice et le capital et les gains immobiliers ainsi soustraits dépassent 300 000 CHF par période fiscale selon l'art. 21 OBA-FINMA. Toutefois, selon la disposition transitoire introduite par l'Assemblée fédé-

---

des actions soit désigné par la société et qu'il soit en mesure d'accéder aux données d'identification récoltées par l'intermédiaire financier qui a procédé à l'identification de l'actionnaire (art. 23a LTI, introduit par la loi GAFI de 2014, cf. RO 2015 1389, p. 1405).

<sup>1384</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (loi sur le Forum mondial), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2019, à l'exception des art. 697i, 697k, 697l, 697m et 731b, al. 1, ch. 4, du code des obligations, qui sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2021 (RO 2019 3161).

<sup>1385</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, RO 2019 3161, p. 3161.

<sup>1386</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, RO 2019 3161, p. 3164.

<sup>1387</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, RO 2019 3161, p. 3162.

<sup>1388</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, RO 2019 3161, p. 3163.

<sup>1389</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, RO 2019 3161, p. 3166.

<sup>1390</sup> Cf. partie II, titre II, chapitre 9.2.

<sup>1391</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389, p. 1396.



rale, l'art. 305<sup>bis</sup>, al. 1 et 1<sup>bis</sup>, CP ne s'applique pas aux délits fiscaux qualifiés et commis avant l'entrée en vigueur de la modification du 12 décembre 2014<sup>1392</sup>. Par ailleurs, la simple soustraction d'impôts sur les revenus et la fortune ou les bénéfices et le capital n'atteignant pas la valeur seuil, n'est pas une infraction préalable au blanchiment d'argent<sup>1393</sup>.

- **Personnes politiquement exposées (PPE)**: les recommandations révisées du GAFI ont introduit des nouvelles obligations d'identification des PPE nationales et des personnes exerçant ou ayant exercé une fonction importante au sein d'une organisation internationale. Les obligations de diligence applicables à tous les types de PPE doivent désormais également s'appliquer aux membres de la famille de ces PPE et aux personnes qui leur sont étroitement associées. La LBA contient dorénavant la définition des PPE étrangères et précise que les relations d'affaires avec ces dernières, ainsi qu'avec les personnes qui leur sont proches, comportent dans tous les cas un risque accru (art. 2a, al. 1 et 2 et art. 6, al. 3, LBA<sup>1394</sup>). Le législateur a introduit dans la LBA une définition des PPE nationales qui occupent des fonctions publiques dirigeantes sur le plan fédéral, ainsi que des PPE d'organisations internationales ou au sein de fédérations sportives internationales (art. 2a, al. 5, LBA<sup>1395</sup>). Ces catégories de PPE nouvellement créées ne sont pas considérées *a priori* comme étant des relations à risques accrus, mais se voient appliquer des obligations de diligence fondées sur les risques.
- **Prescriptions sur le paiement en espèces lors d'opérations de ventes immobilières ou mobilières**: lors du troisième cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse en 2005, le GAFI avait constaté des déficiences concernant l'assujettissement de certaines professions non financières à la LBA. Partant, le législateur a décidé de soumettre à des obligations de diligence limitées les personnes physiques ou morales qui négocient des biens mobiliers ou immobiliers à titre professionnel, lorsqu'elles reçoivent un montant dépassant 100 000 CHF (les « négociants » au sens de l'art. 2, al. 1, let. b, LBA<sup>1396</sup>). Les obligations de diligence sont réglées aux art. 8a, al. 1 et 2<sup>1397</sup> et 9, al. 1<sup>bis</sup>, LBA<sup>1398</sup>, mais ont été précisées davantage dans l'OBA.

---

<sup>1392</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>ter</sup> N 53.

<sup>1393</sup> CR CPII-CASSANI ad art. 305<sup>bis</sup> N 21.

<sup>1394</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389, p. 1397 à 1399.

<sup>1395</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389, p. 1397 à 1398.

<sup>1396</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389, p. 1397.

<sup>1397</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389, p. 1400.



- **Système de communication et compétences du MROS**: la version partiellement révisée de la loi sur le blanchiment d’argent (LBA) du 21 juin 2013 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2013<sup>1399</sup> et a attribué au MROS des nouvelles compétences notamment pour l’obtention d’informations supplémentaires des intermédiaires financiers<sup>1400</sup>. Elle lui permet également d’échanger des informations avec ses homologues étrangers sous certaines conditions et de régler les modalités de la collaboration avec ces derniers par la conclusion de MoU. Avec l’entrée en vigueur de la loi GAFI de 2014, le blocage de 5 jours déclenché par la communication de soupçons des intermédiaires financiers a été supprimé. Un délai de 20 jours ouvrables a été prévu pour l’analyse, par le MROS, des communications de soupçons (art. 9, al. 1<sup>1401</sup> et art. 23, al. 5, LBA<sup>1402</sup>), délai durant lequel tous les ordres des clients peuvent être exécutés. Si le MROS, après son analyse, décide de transmettre la communication à l’autorité de poursuite pénale compétente, l’intermédiaire financier en est informé et doit bloquer les valeurs patrimoniales concernées pendant 5 jours ouvrables au maximum. Le même régime est applicable en cas de soupçons de financement du terrorisme, sauf lorsqu’il y a concordance avec une liste étrangère de terroristes. Dans ce dernier cas, la communication déclenche un blocage de cinq jours (art. 9, al. 1, let. c<sup>1403</sup> et art. 10, al. 1<sup>bis</sup>, LBA<sup>1404</sup>). S’agissant de l’interdiction d’informer le client d’une communication de soupçons, le législateur a introduit une exception lorsque l’intermédiaire financier doit préserver ses propres intérêts dans une procédure civile, pénale ou administrative. Dans un tel cas, il peut informer le client qu’il a effectué une communication au MROS. Par ailleurs, le législateur a étendu l’assistance administrative interne afin que le MROS puisse, sur demande, obtenir d’autres autorités fédérales, cantonales et communales toute information nécessaire à ses analyses des communications de soupçons (art. 29, al. 2, LBA<sup>1405</sup>).

<sup>1398</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d’action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389, p. 1401.

<sup>1399</sup> Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d’argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (LBA), modification du 21 juin 2013, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2013, FF 2013 4239.

<sup>1400</sup> Message relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d’argent du 27 juin 2012, FF 2012 6449, p. 6468 s.

<sup>1401</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d’action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389, p. 1400.

<sup>1402</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d’action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389, p. 1404.

<sup>1403</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d’action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389, p. 1400.

<sup>1404</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d’action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389, p. 1401.

<sup>1405</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d’action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389, p. 1404.

- **Sanctions financières ciblées liées au terrorisme et au financement du terrorisme (art. 22a LBA<sup>1406</sup>)**: le traitement par les autorités fédérales des listes étrangères établies au sens de la Résolution 1373 a été réglé à l'art. 22a LBA. Le DFF décide, après audition des départements intéressés, de la transmission des listes aux autorités de surveillance (soit la FINMA et la CFMJ) qui transmettent ces listes aux intermédiaires financiers et aux organismes d'autorégulation. Par ailleurs, l'art. 9, al. 1, let. c<sup>1407</sup> et l'art. 10, al. 1<sup>bis</sup>, LBA<sup>1408</sup>, définissent les devoirs des intermédiaires financiers qui reçoivent ces listes.

## 8.2 Révision totale de l'OBA-FINMA en 2015 et CDB 2016

L'Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (ci-après: OBA-FINMA 2016)<sup>1409</sup> a été complètement révisée en 2015 afin de tenir compte des modifications introduites par la LBA et les recommandations du GAFI. Ainsi, l'OBA-FINMA 2016 a concrétisé les dispositions de ces deux actes et a intégré aussi les enseignements tirés de la pratique de la surveillance de la FINMA<sup>1410</sup>. Celle-ci est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016 et a principalement introduit les modifications suivantes:

- **Monnaies virtuelles (art. 2, let. c, OBA-FINMA 2016<sup>1411</sup>)**: les obligations de diligence à respecter pour les monnaies virtuelles ont été assimilées à celles régissant la transmission de fonds et de valeurs.
- **Informations lors d'ordre de paiements électroniques (art. 10 OBA-FINMA 2016<sup>1412</sup>)**: pour les ordres de paiement internationaux, l'intermédiaire financier doit désormais également consigner les informations relatives au bénéficiaire en plus de celles du donneur d'ordre.
- **Nouvelles méthodes de paiement (art. 11 et 12 OBA-FINMA 2016<sup>1413</sup>)**: l'OBA-FINMA 2016 définit désormais des seuils pour bénéficier d'allègements en matière d'obligations de diligence ou pouvoir renoncer à leur respect.

---

<sup>1406</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389, p. 1403.

<sup>1407</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389, p. 1400.

<sup>1408</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389, p. 1401.

<sup>1409</sup> Ordonnance du 3 juin 2015 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA), RO 2015 2083.

<sup>1410</sup> FINMA, Rapport explicatif OBA-FINMA, 2015.

<sup>1411</sup> Ordonnance du 3 juin 2015 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA), RO 2015 2083, p. 2084.

<sup>1412</sup> Ordonnance du 3 juin 2015 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA), RO 2015 2083, p. 2087.

- **PPE (art. 13, al. 3, let. a et b, al. 4, OBA-FINMA 2016<sup>1414</sup>)**: la notion élargie de PPE, désormais ancrée dans la loi, se traduit par une suppression de la définition au niveau de l'ordonnance et par une adaptation des critères s'y rapportant dans le cadre des relations d'affaires comportant des risques accrus.
- **Délit fiscal qualifié (art. 21 OBA-FINMA 2016<sup>1415</sup>)**: les intermédiaires financiers peuvent s'appuyer sur le taux d'imposition maximal du pays du domicile fiscal du client pour déterminer si les impôts soustraits ont atteint le seuil de 300 000 CHF fixé par l'art. 305<sup>bis</sup>, ch. 1<sup>bis</sup>, CP.
- **Nouvelles technologies (art. 23 OBA-FINMA 2016<sup>1416</sup>), tâches du service spécialisé (art. 25 OBA-FINMA 2016<sup>1417</sup>) et directives internes (art. 26 OBA-FINMA 2016<sup>1418</sup>)**: l'intermédiaire financier doit analyser les risques liés aux nouvelles technologies et le service spécialisé de lutte contre le blanchiment, ou un autre service indépendant, doit établir une analyse des risques tout en tenant compte notamment du segment des clients gérés ainsi que des produits et services proposés. Enfin, les directives internes de l'intermédiaire financier doivent régler un catalogue exemplatif d'exigences.
- **Rupture de la relation d'affaires et communication au MROS (art. 32 OBA-FINMA 2016<sup>1419</sup>)**: l'intermédiaire financier ne peut autoriser le retrait de valeurs patrimoniales importantes que sous une forme permettant aux autorités de poursuite pénale d'en suivre la trace (*paper trail*). Après la communication au MROS, l'intermédiaire financier peut en principe décider de son propre chef de la poursuite de la relation d'affaires.

---

<sup>1413</sup> Ordonnance du 3 juin 2015 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA), RO 2015 2083, p. 2088 à 2089.

<sup>1414</sup> Ordonnance du 3 juin 2015 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA), RO 2015 2083, p. 2090.

<sup>1415</sup> Ordonnance du 3 juin 2015 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA), RO 2015 2083, p. 2093.

<sup>1416</sup> Ordonnance du 3 juin 2015 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA), RO 2015 2083, p. 2094.

<sup>1417</sup> Ordonnance du 3 juin 2015 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA), RO 2015 2083, p. 2095.

<sup>1418</sup> Ordonnance du 3 juin 2015 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA), RO 2015 2083, p. 2095.

<sup>1419</sup> Ordonnance du 3 juin 2015 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA), RO 2015 2083, p. 2098.

- **Nouvelles dispositions relatives aux directions de fonds, aux sociétés d'investissement et aux gestionnaires de fortune selon la LPCC (art. 40 et 41 OBA-FINMA 2016<sup>1420</sup>)**: l'identité du souscripteur et celle de l'ayant droit économique doivent être vérifiées. Toutefois, certaines catégories de souscripteurs bénéficient d'un allègement, dans la mesure où il n'est pas nécessaire d'identifier le détenteur du contrôle et l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales lors de la souscription. Enfin, la possibilité de délégation vaut désormais également pour les sociétés de commandite en placements collectifs de capitaux.
- **Nouvelle section pour les intermédiaires financiers directement soumis (IFDS) concernant le détenteur du contrôle (art. 56 s. OBA-FINMA 2016<sup>1421</sup>)**: identification par les IFDS de l'ayant droit économique des personnes morales exerçant une activité opérationnelle (détenteur du contrôle).

La CDB 2016 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016 et a remplacé la CDB 2008. Elle a introduit de nombreuses modifications, dont les deux principales nouveautés suivantes:

- **Détenteur du contrôle (art. 20 CDB 2016)**: afin de tenir compte de la R. 10/2012 du GAFI, la CDB 2016 a introduit les modalités à suivre pour identifier l'ayant droit économique (détenteur de contrôle) de personnes morales et de sociétés de personnes exerçant des activités opérationnelles. Selon l'art. 20, al. 1, CDB 2016 sont réputées avoir le contrôle des sociétés opérationnelles les personnes détenant au moins 25% des droits de vote ou du capital ou celles exerçant le contrôle effectif de la société. À défaut de détenteur du contrôle, il faut identifier la personne dirigeante de la société.
- **Nouveaux formulaires**: la CDB 2016 a introduit un nouveau formulaire K pour identifier le détenteur du contrôle de sociétés opérationnelles, un formulaire S pour identifier les ayants droit économique des fondations et un nouveau formulaire I pour les assurances-vie ayant une gestion de compte/dépôts séparée (*insurance wrapper*). En revanche, le formulaire R n'a plus été intégré dans la CDB 2016, malgré le fait que l'art. 36 CDB 2016 renvoie au formulaire R pour les personnes tenues au secret professionnel.

---

<sup>1420</sup> Ordonnance du 3 juin 2015 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA), RO 2015 2083, p. 2101 à 2102.

<sup>1421</sup> Ordonnance du 3 juin 2015 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA), RO 2015 2083, p. 2106.

### 8.3 Quatrième cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse par le GAFI de 2016

La Suisse a été évaluée pour la quatrième fois en février 2016 sur la base des recommandations du GAFI révisées en 2012. La nouvelle méthodologie d'évaluation prévoit deux volets distincts, soit une première partie sur la conformité technique et une deuxième partie sur l'efficacité des systèmes de lutte contre le blanchiment d'argent<sup>1422</sup>. Le volet sur la conformité technique évalue si les lois et les réglementations pertinentes sont en vigueur au moment de la visite sur place des évaluateurs. Il est possible d'obtenir les notations suivantes: conforme, partiellement conforme, en grande partie conforme et pas conforme. Le volet sur l'efficacité évalue, dans onze domaines distincts, si les systèmes de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme fonctionnent et dans quelle mesure les États membres atteignent un certain nombre de résultats prédéfinis (résultats immédiats). Pour le volet sur l'efficacité des systèmes, les notations suivantes peuvent être attribuées: niveau d'efficacité élevé, significatif, modéré ou bas<sup>1423</sup>.

Selon le rapport d'évaluation mutuelle (REM), adopté à la suite de la séance plénière du GAFI en octobre 2016<sup>1424</sup>, la Suisse a accompli des progrès<sup>1425</sup> depuis la dernière évaluation mutuelle de 2005, notamment par la mise en œuvre de réformes législatives d'envergure, mais certaines lacunes demeurent<sup>1426</sup>. Concernant le volet sur la conformité technique, la Suisse a été évaluée conforme ou en grande partie conforme pour la grande majorité des recommandations. En effet, seules neuf recommandations sur quarante – y compris la recommandation 10 concernant les obligations de diligence – ont été évaluées comme étant partiellement conformes<sup>1427</sup>. Or, les recommandations 3, 5, 10, 11 et 20/2012<sup>1428</sup> du GAFI sont considérées comme des recommandations cen-

<sup>1422</sup> Méthodologie du GAFI, 2013 (mise à jour en novembre 2020), p. 5, par. 2.

<sup>1423</sup> Communiqué de presse du DFF, documentation de base, «Publication du 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse par le GAFI», 7 décembre 2016, in: Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI), (<<https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home.html>>), consulter à ce titre: (<<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/46555.pdf>> (22.11.2021)).

<sup>1424</sup> GAFI, Rapport annuel XVII, 2005-2006, p. 6, par. 29.

<sup>1425</sup> Depuis l'évaluation de 2005, la Suisse a érigé des infractions supplémentaires en infractions préalables au blanchiment d'argent, le MROS peut désormais demander des informations à des entités déclarantes autres que l'entité ayant fait une communication. En outre, la Suisse a introduit des contrôles du transport transfrontalier d'espèces, elle a entrepris des mesures législatives à l'encontre des groupes terroristes Al-Qaïda, l'État islamique et les organisations apparentées, elle a amélioré la transparence des personnes morales, elle a unifié la procédure pénale et a permis l'application immédiate des sanctions de l'ONU, cf. 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, p. 5 à 6.

<sup>1426</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, p. 5.

<sup>1427</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, p. 12.

<sup>1428</sup> R. 3/2012 relative à l'infraction de blanchiment d'argent, R. 5/2012 relative à l'infraction de financement du terrorisme, R. 10/2012 relative aux obligations de diligence, R. 11/2012 relative à la conservation des documents, R. 20/2012 relative à l'obligation de communiquer les soupçons de blanchiment d'argent.

trales. En effet, elles doivent impérativement être qualifiées de conforme ou en grande partie conforme pour réussir le quatrième cycle d'évaluations mutuelles. La Suisse a obtenu la notation «partiellement conforme» pour neuf recommandations<sup>1429</sup> au lieu du chiffre maximal admis de sept recommandations. Elle n'a donc pas seulement été évaluée comme étant partiellement conforme sur une recommandation centrale, mais elle a aussi dépassé de peu le nombre maximal de recommandations pouvant être qualifiées de partiellement conformes selon les procédures du GAFI<sup>1430</sup>. Elle a de ce fait échoué de peu à l'examen sur la conformité technique.

Nous sommes d'avis que les exigences du GAFI sont extrêmement sévères, si l'on considère que seulement 17.5% des recommandations peuvent être partiellement conformes pour réussir le volet sur la conformité technique. Cela dit, cette notation signifie que le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme présente des lacunes modérées et non pas majeures<sup>1431</sup>. S'agissant du volet sur l'efficacité des systèmes, la Suisse a obtenu un bon résultat. En effet, sur onze domaines, sept ont été évalués comme ayant atteint un degré d'efficacité significatif<sup>1432</sup>. Il s'ensuit que, dans l'ensemble, la Suisse dispose d'un arsenal efficace pour lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme avec des lacunes dans le cadre législatif.

La Suisse a obtenu un résultat qui se situe dans la moyenne des pays évalués<sup>1433</sup>. Toutefois, comme la majorité des États membres évalués jusqu'à présent, elle a été placée sous le processus de suivi renforcé, réservé aux pays présentant des défaillances significatives en matière de conformité technique ou d'efficacité de leurs systèmes. Cette catégorisation implique à court terme la rédaction d'un rapport de suivi annuel faisant état des progrès accomplis. Après cinq ans, elle aboutit à un examen de suivi portant sur les principales déficiences opérationnelles identifiées durant le quatrième cycle d'évaluations mutuelles<sup>1434</sup>.

---

<sup>1429</sup> R. 8 (organismes à but non lucratif), R. 10 (devoir de vigilance relative à la clientèle), R. 16 (virements électroniques), R. 19 (pays présentant un risque plus élevé), R. 22 (DNFBPs: devoir de vigilance relative à la clientèle), R. 23 (DNFBPs: autres mesures), R. 33 (statistiques), R. 35 (sanctions), R. 40 (autres formes de coopération internationale), cf. 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, p. 12 à 13.

<sup>1430</sup> Procédures du GAFI, 2021 (version anglaise mise à jour en janvier 2021), p. 23, par. 90, let. a.

<sup>1431</sup> Méthodologie du GAFI, 2013, (mise à jour en novembre 2020), p. 13 à 14, par. 34 (tableau notations en matière de conformité technique).

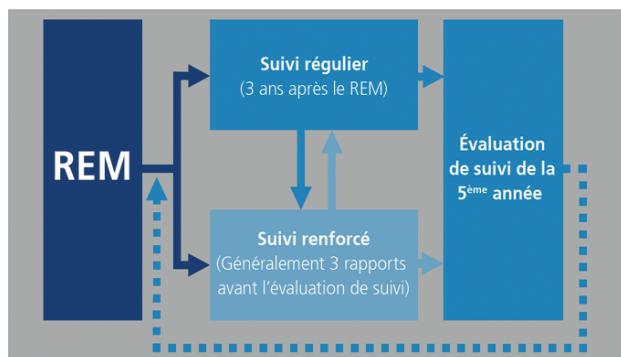
<sup>1432</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, p. 12 à 13.

<sup>1433</sup> Communiqué de presse DFF «GAFI: la Suisse obtient un bon résultat en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme», in: Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI), (<<https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home.html>>), consulter à ce titre: (<<https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/dokumentation/medienmitteilungen/medienmitteilungen.msg-id-64837.html>>) (22.11.2021).

<sup>1434</sup> Procédures du GAFI, 2021 (version anglaise mise à jour en janvier 2021), p. 23, par. 89.

Graphique 12<sup>1435</sup>

Processus de suivi du quatrième cycle d'évaluations mutuelles par le GAFI



Les déficiences techniques identifiées par le GAFI ont entraîné des travaux législatifs supplémentaires qu'il ne faut pas relativiser, et ceci juste après l'adoption par la Suisse dans la période comprise entre 2013 et 2016 de toute une série de modifications législatives<sup>1436</sup> importantes. Ci-après, nous présenterons les principales critiques adressées à la Suisse concernant le cadre réglementaire en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (conformité technique) :

- **Obligations de diligence, R. 10/2012** : la Suisse ne procède pas à une vérification matérielle de l'ayant droit économique et il n'existe aucune obligation pour mettre à jour les informations sur les clients à risque normal. En outre, le seuil pour les opérations de caisse de 25 000 CHF est trop élevé et ne correspond pas au seuil maximal du GAFI de 15 000 EUR/USD. Enfin, le délai de 90 jours ancré à l'art. 45 CDB 16, autorisant de garder une relation d'affaires, alors qu'au moment de l'ouverture du compte des documents d'identification font défaut, ne permet pas de gérer de manière adéquate les risques de blanchiment d'argent<sup>1437</sup>.
- **Virements électroniques, R. 16/2012** : il n'existe pas pour les intermédiaires financiers d'obligation explicite de vérifier les informations sur le donneur d'ordre ni une exigence d'entreprendre des mesures raisonnables pour identifier les virements isolés incomplets sur les données du donneur d'ordre et du bénéficiaire. Enfin, la suite que les intermédiaires financiers doivent donner aux virements isolés incomplets qu'ils reçoivent de manière répétée n'est pas précisée<sup>1438</sup>.

<sup>1435</sup> Procédures du GAFI, 2019 (version française mise à jour en octobre 2019), p. 24, par. 85.

<sup>1436</sup> Cf. partie II, titre II, chapitre 9.

<sup>1437</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, Annexe sur la conformité technique, p. 193 s.

<sup>1438</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, Annexe sur la conformité technique, p. 205 s.

- **Pays représentant un risque plus élevé, R. 19/2012**: il n'existe pas de dispositions contraignantes exigeant de toutes les institutions financières qu'elles appliquent des mesures de vigilance renforcées aux relations d'affaires présentant des liens avec des pays considérés comme à risque par le GAFI, ni des mesures pour informer l'ensemble des institutions financières des pays à risque en matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme<sup>1439</sup>.
- **Entreprises et professions non financières désignées, devoir de vigilance relatif à la clientèle, R. 22, 23/2012**: le champ d'application de la LBA ne couvre pas l'ensemble des activités visées par la R. 22: soit les agents immobiliers, les négociants en métaux précieux et pierres précieuses, les avocats, les notaires, les comptables, les sociétés fiduciaires ainsi que les prestataires de services aux sociétés et trusts<sup>1440</sup>.
- **Statistiques, R. 33/2012**: les données disponibles sur les poursuites pénales, la confiscation et la coopération internationale présentent des lacunes et les statistiques ne sont pas systématisées<sup>1441</sup>.
- **Toutes les autres formes de coopération internationale, R. 40/2012**: la procédure client dans l'entraide administrative peut retarder la coopération de la FINMA. Le MROS ne peut pas formuler des demandes au nom d'un homologue étranger en l'absence de lien avec une communication de soupçons envoyée au MROS par un intermédiaire financier suisse<sup>1442</sup>.

L'efficacité des systèmes comporte, selon le GAFI, les défaillances principales suivantes:

- **La Suisse devrait effectuer des analyses de risque sectorielles** en particulier pour les risques liés au cadre fiscal, à l'utilisation des espèces et d'*Hawala*<sup>1443</sup> ainsi qu'au secteur des organismes à but non lucratif (OBNL)<sup>1444</sup>.

---

<sup>1439</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, Annexe sur la conformité technique, p. 210 s.

<sup>1440</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, Annexe sur la conformité technique, p. 102 et 213 s.

<sup>1441</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, Annexe sur la conformité technique, p. 238 s.

<sup>1442</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, Annexe sur la conformité technique, p. 248 s.

<sup>1443</sup> L'*Hawala* est un système de paiement informel pratiqué au sein d'un réseau d'agents: un client donne de l'argent en espèces à un agent, qui contacte un autre agent proche du destinataire de cette somme d'argent et lui demande d'anticiper le versement au destinataire. Ce dernier sera remboursé plus tard et pourra déduire une commission pour la prestation ainsi fournie. Ce système est utilisé pour envoyer des valeurs patrimoniales dans des pays ne disposant pas de systèmes de transmission de fonds légaux, mais aussi par les criminels pour blanchir de l'argent, financer des actes terroristes et rémunérer des trafiquants d'êtres humains.

<sup>1444</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, p. 37 à 38.



- **Le nombre de communications de soupçons est trop faible par rapport à l'importance de la place financière suisse.** Par ailleurs, la coexistence d'un droit et d'une obligation de communication peut prêter à confusion<sup>1445</sup>.
- **Les sanctions prononcées par la FINMA ne sont pas suffisamment dissuasives ni proportionnées**<sup>1446</sup> et celles prononcées par les OAR ne sont pas homogènes<sup>1447</sup>.
- **La FINMA devrait formaliser les conditions pour l'échange d'informations entre groupes financiers actifs en Suisse à des fins de transparence**<sup>1448</sup>.
- **L'approche fondée sur les risques des organismes d'autorégulation n'est pas assez différenciée.** Par ailleurs, il existe des différences entre la surveillance exercée par les OAR et la FINMA sur la même catégorie d'intermédiaires financiers<sup>1449</sup>.
- **Il n'existe aucune sanction pénale en cas de violation des obligations d'annonce des actionnaires au porteur et des ayants droit économiques**<sup>1450</sup>.

Certaines critiques du GAFI dénotent, à notre sens, un formalisme excessif et une mauvaise compréhension du système législatif suisse basé sur les principes. Cette approche est incompatible avec la maxime du GAFI de tenir compte notamment des particularités et des spécificités (*issues of materiality*) des pays évalués afin d'avoir une compréhension générale de l'environnement dans lequel fonctionne le système de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du pays<sup>1451</sup>.

L'exemple le plus représentatif à cet égard est la notation attribuée à certains critères de la recommandation 16 relative aux virements électroniques. Le rapport relève notamment l'absence d'obligation explicite des intermédiaires financiers de vérifier les informations sur le donneur d'ordre<sup>1452</sup>. L'art. 10, al. 1, OBA-FINMA dans sa teneur en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016 prévoyait que *«Pour les ordres de virement, l'intermédiaire financier du donneur d'ordre indique le nom, le numéro de compte et*

<sup>1445</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, p. 101 à 102.

<sup>1446</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, p. 117.

<sup>1447</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, Annexe sur la conformité technique, p. 240.

<sup>1448</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, p. 103.

<sup>1449</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, p. 117.

<sup>1450</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, p. 139.

<sup>1451</sup> Méthodologie du GAFI, 2013 (mise à jour en novembre 2020), p. 7, par. 11.

<sup>1452</sup> Cf. 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, critère 16.1, p. 206: *«[...] Il n'existe pas pour les intermédiaires financiers FINMA d'obligation explicite de vérifier les informations relatives au donneur d'ordre. Selon les autorités suisses, cette obligation est implicite et découle de l'obligation d'«indiquer» de l'art. 10 OBA-FINMA qui est une obligation de résultat impliquant de s'assurer, par des mesures techniques et/ou de contrôle manuel, que les indications sont correctement saisies dans le système [...]».*

*l'adresse du donneur d'ordre ainsi que le nom et le numéro de compte du bénéficiaire [...].*<sup>1453</sup> Le GAFI était d'avis que le terme «indiquer» dans la disposition citée n'était pas suffisant. En effet, ce terme ne comporterait pas une véritable obligation de vérifier si les données faites étaient correctes<sup>1454</sup>. Or, la disposition nous paraît suffisamment claire, car un ordre de paiement électronique ne peut pas être déclenché si les indications sur le bénéficiaire sont erronées. Une vérification est donc implicite. À cela vient s'ajouter le fait que les intermédiaires financiers connaissent les données des donneurs d'ordre qui, en règle générale, sont leurs clients. Il s'ensuit que cette analyse littérale de la disposition législative – sans prendre en compte les aspects pratiques – nous paraît limitative.

Le deuxième exemple concerne l'art. 37, al. 4, OBA-FINMA dans sa teneur en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016 prévoyant que: «*il [l'intermédiaire financier] garantit la transmission de toutes les indications reçues, nécessaires pour les ordres de virement. Il règle la procédure à suivre s'il reçoit de manière répétée des ordres de virement contenant manifestement des informations incomplètes. Il suit dans ce cadre une approche fondée sur les risques.*»<sup>1455</sup> Selon le GAFI, la disposition susmentionnée ne précise pas quelle suite les intermédiaires financiers doivent donner aux virements isolés incomplets reçus de manière répétée<sup>1456</sup>. Or, on peine à comprendre cette critique, car la disposition en question contient déjà une obligation pour les intermédiaires financiers de déterminer les mesures à prendre en cas de virements incomplets. Vouloir régler minutieusement la démarche que les intermédiaires financiers doivent suivre pour régler la suite qu'il convient de donner à des virements incomplets contrevient diamétralement au principe d'une approche fondée sur les risques pourtant préconisée par le GAFI. Par ailleurs, une telle démarche est contraire à une réglementation basée sur les principes propres à la Suisse.

D'autres recommandations formulées par le GAFI, par exemple le fait que certaines professions non financières – comme les avocats, les notaires, les comptables, les experts de sociétés fiduciaires ainsi que les prestataires de services aux sociétés et trusts – ne sont pas visés par la LBA, lorsqu'ils limitent leurs interventions à la préparation ou à l'exécution des aspects non financiers des opérations visées par la R. 22<sup>1457</sup> sont certainement aussi dues à des événements concordant avec la visite sur place des experts du GAFI (les révélations des *Panama Papers*<sup>1458</sup>). Toutefois, la même recommandation avait été formulée par le GAFI déjà en 2005 lors du troisième cycle d'évaluations

---

<sup>1453</sup> Art. 10, al. 1, OBA-FINMA 2016.

<sup>1454</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, critère 16.1, p. 206; FINMA, Rapport explicatif OBA-FINMA, 2017, p. 22 et note de bas de page n° 21.

<sup>1455</sup> Art. 37, al. 4, OBA-FINMA 2016.

<sup>1456</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, critère 16.11, p. 207.

<sup>1457</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, critère 22.1, let. d et e, p. 215.

<sup>1458</sup> Cf. partie II, titre I, chapitre 2.12.

mutuelles<sup>1459</sup>. Par ailleurs, les critiques formulées à l'égard de la vérification de l'ayant droit économique et la mise à jour périodique de l'ensemble des relations d'affaires, indépendamment de savoir si elles sont à risque accru ou pas, vont comporter des frais supplémentaires pour les intermédiaires financiers. Dans ce contexte, il est plutôt surprenant que le formulaire A utilisé par les intermédiaires financiers suisses depuis des décennies ait été considéré par le GAFI comme insuffisant<sup>1460</sup>, alors qu'il revêt le caractère d'un titre et que toute fausse déclaration est pénalement répréhensible au sens de l'art. 251 CP. Par ailleurs, ce point n'avait jamais fait l'objet de critiques lors des évaluations du GAFI précédentes<sup>1461</sup>. Il convient de s'interroger sur l'utilité pour la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme de cette exigence formelle du GAFI à l'égard de la Suisse. Le fait de prévoir des mesures formelles pour vérifier l'identité de l'ayant droit économique ne contribue pas à rendre le système plus efficace. Au contraire, ces mesures bureaucratiques chargent davantage les équipes *Compliance* des établissements bancaires et ne leur permettent pas de se focaliser sur l'essentiel, à savoir la plausibilisation de l'origine de la fortune ou du patrimoine et la surveillance des transactions inhabituelles.

## 9. Révisions législatives suite au quatrième cycle d'évaluations mutuelles du GAFI

### 9.1 Révision de la loi sur le blanchiment d'argent, débats parlementaires et adoption du projet de loi

Le 26 juin 2019, le Conseil fédéral a soumis au Parlement le projet concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent<sup>1462</sup>. La mise en œuvre des mesures proposées nécessite l'adaptation de différents codes et lois fédérales<sup>1463</sup>. Le projet se différencie de l'avant-projet soumis à la consultation des milieux concernés le 1<sup>er</sup> juin 2018<sup>1464</sup>, dans la mesure où plusieurs propositions ont été abandonnées ou modifiées.

<sup>1459</sup> Cf. partie II, titre II, chapitre 4.4, chapitre 6.2 et chapitre 6.5.

<sup>1460</sup> 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, Annexe sur la conformité technique, critère 10.5, p. 195.

<sup>1461</sup> 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation, Suisse, 2005, p. 84.

<sup>1462</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341; Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237.

<sup>1463</sup> Code civil (CC; RS 210); code des obligations (CO; RS 220); code pénal suisse (CP; RS 311.0); loi du 20 juin 1933 sur le contrôle des métaux précieux (LCMP; RS 941.31); loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA; RS 956.1).

<sup>1464</sup> Communiqué de presse du DFF du 1<sup>er</sup> juin 2018, «Le Conseil fédéral ouvre la consultation concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent», in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre: (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-70973.html>> (22.11.2021)).

Par ailleurs, le projet de loi soumis aux Chambres fédérales en juin 2019 a également subi des modifications importantes :

- **Nouvelles obligations pour les conseillers**: l'art. 2, al. 1, let. c, P-LBA 2019<sup>1465</sup>, prévoyait d'assujettir à certaines obligations, notamment de diligence, les personnes physiques ou morales (conseillers) qui, à titre professionnel, préparent ou effectuent pour le compte de tiers des opérations en lien avec une ou plusieurs des activités suivantes: la création, la gestion ou l'administration de sociétés de domicile ayant leur siège en Suisse ou à l'étranger au sens de l'art. 2 de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance<sup>1466</sup>, l'organisation de l'apport de fonds en lien avec de telles activités, l'achat ou la vente des sociétés de domicile suisses ou étrangères, la fourniture d'une adresse ou de locaux destinés à servir de siège à des sociétés de domicile suisses ou étrangères ou à des trusts, le fait de faire office d'actionnaire pour le compte d'une autre personne (*nominee shareholder*). Il s'agissait d'un assujettissement à la LBA allégé et fortement inspiré par les dispositions actuellement en vigueur pour les négociants<sup>1467</sup> ancrées aux art. 8a, 9, al. 1<sup>bis</sup>, 15 et 38 LBA et précisées aux art. 13 s. OBA. Les obligations de diligence des conseillers se trouvaient dans une nouvelle section 1b. À cet égard, l'art. 8b P-LBA 2019<sup>1468</sup> prévoyait l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant et de l'ayant droit économique, l'établissement et la conservation des documents et la clarification de l'arrière-plan et du but de l'opération souhaitée par le tiers. Par ailleurs, les conseillers devaient former le personnel et effectuer des contrôles (art. 8c P-LBA 2019<sup>1469</sup>) et ils devaient être soumis à une obligation de communiquer les soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme (art. 9, al. 1<sup>er</sup>, let. a, ch. 1 à 4, et, let. b, P-LBA 2019<sup>1470</sup>). Enfin, ils devaient charger une entreprise de révision de vérifier qu'ils respectaient les obligations qui leur étaient imposées (art. 15 P-LBA 2019<sup>1471</sup>). Il convient de noter que l'obligation de communiquer ne s'appliquait pas aux avocats et notaires s'ils étaient soumis au secret professionnel conformément à l'art. 321 CP ou si les conseils octroyés n'in-

---

<sup>1465</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341, p. 5341.

<sup>1466</sup> Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, conclue à la Haye le 1<sup>er</sup> juillet 1985, entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> juillet 2007 (RS 0.221.371).

<sup>1467</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5254.

<sup>1468</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341, p. 5343.

<sup>1469</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341, p. 5343.

<sup>1470</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341, p. 5343.

<sup>1471</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341, p. 5346.

cluait aucune transaction financière (art. 9, al. 2, let. a et b, P-LBA 2019)<sup>1472</sup>. Ces deux exceptions sont conformes aux recommandations du GAFI<sup>1473</sup>, toutefois elles représentent une restriction importante par rapport à l'avant-projet de loi soumis à consultation. Certes, l'avant-projet ne prévoyait pas d'obligation de communiquer pour les conseillers. À la place, il prévoyait une obligation de refuser ou de rompre la relation d'affaires en cas de soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme. Cette obligation devait toutefois valoir pour tous les conseillers, y compris les avocats et notaires, sans exception. Cette solution devait permettre de tenir compte du fait que les relations d'affaires entretenues par les conseillers ne généraient en principe pas de flux financiers, mais aussi de respecter la demande de la branche relative au respect du secret professionnel des avocats et notaires. Par ailleurs, l'avant-projet prévoyait que l'entreprise de révision était tenue de dénoncer le conseiller au DFF si elle le soupçonnait d'avoir enfreint les obligations qui lui incombent en cas de soupçon de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme, c'est-à-dire si elle devait constater ou présumer, sur la base de soupçons fondés, que le conseiller avait enfreint son obligation de refuser ou rompre la relation d'affaires dans un tel cas. Enfin, pour éviter des répercussions négatives sur l'entreprise de révision, l'avant-projet prévoyait d'étendre l'exclusion de la responsabilité civile et pénale, déjà prévue pour les intermédiaires financiers, aux entreprises de révision qui effectuaient une dénonciation au DFF<sup>1474</sup>. À la place de l'obligation de dénonciation au DFF, le projet avait introduit une obligation pour les entreprises de révision de prévenir immédiatement le MROS si le conseiller ne remplissait pas son obligation de communiquer (art. 15, al. 5, P-LBA 2019<sup>1475</sup>). L'exclusion de la responsabilité civile et pénale avait également été étendue à ce cas (art. 11, al. 2, P-LBA 2019)<sup>1476</sup>. Toutefois, les dispositions sur les conseillers ont été écartées par les Chambres fédérales du projet de loi.

- **Abaissement du seuil pour le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses**: il était prévu de baisser le seuil de 100 000 CHF à 15 000 CHF pour le commerce des métaux précieux et pierres précieuses et de lister dans l'OBA les

<sup>1472</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341, p. 5344.

<sup>1473</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5257.

<sup>1474</sup> Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la LBA, p. 8, chap. 1.2.1.2; p. 11, chap. 1.2.1.2.2. Pour une appréciation des nouvelles mesures proposées, le lecteur est renvoyé à la partie II, titre I, chapitre 2.12 relatif aux révélations des *Panama Papers*.

<sup>1475</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341, p. 5345, 5346.

<sup>1476</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341, p. 5345, 5346.

métaux précieux et les pierres précieuses visés<sup>1477</sup>. L'abaissement du seuil ne concernait pas le commerce de détail, c'est-à-dire les produits typiquement destinés à être vendus à des clients finaux (comme les bijoux)<sup>1478</sup>. Cette proposition, qui permettait de tenir compte de la critique exprimée par le GAFI lors du quatrième cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse, n'a subi aucune modification après la consultation publique<sup>1479</sup>, mais elle a été écartée du projet de loi par les Chambres fédérales.

- **Vérification de l'identité de l'ayant droit économique et actualisation des données clients**: le texte actuel de l'art. 4, al. 1, LBA concernant l'identification de l'ayant droit économique a été complété, afin de tenir compte des critiques exprimées par le GAFI lors du quatrième cycle d'évaluations mutuelles. La proposition dans l'avant-projet a été modifiée, dans la mesure où le projet de loi prévoit désormais explicitement, que c'est l'identité de l'ayant droit économique qui doit être vérifiée (art. 4, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, P-LBA 2019): «*L'intermédiaire financier doit, avec la diligence requise par les circonstances, identifier l'ayant droit économique et vérifier son identité [...]*»<sup>1480</sup> Le Message du Conseil fédéral prévoit que la vérification de l'ayant droit économique doit se faire selon une approche basée sur les risques en s'appuyant sur différentes sources d'informations, notamment sur sa propre connaissance du profil client, sur des informations publiques et, au besoin et si possible, sur des informations fournies par un service externe. Par ailleurs et par rapport à l'avant-projet, le commentaire de l'art. 4, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, P-LBA 2019 précise que le fait de demander une copie d'une pièce d'identité de l'ayant droit économique pour le dossier n'est pas suffisant pour respecter l'obligation de vérification, car il s'agit d'une vérification formelle et non pas matérielle<sup>1481</sup>. En outre, pour remédier à la critique du GAFI, une obligation générale et explicite de s'assurer périodiquement que les données clients soient à jour, et si tel ne devait pas être le cas, de les actualiser, a été inscrite à l'art. 7, al. 1<sup>bis</sup>, P-LBA 2019<sup>1482</sup>. Cette

---

<sup>1477</sup> Les métaux précieux visés comprenaient l'or, l'argent, le platine et le palladium sous forme de produits semi-ouvrés, de produits de la fonte et de matières pour la fonte. Les pierres précieuses visées comprenaient les rubis, les saphirs, les émeraudes et les diamants non enfilés, non montés et non sertis. De ce fait, les bijoux, les statuettes et autres produits similaires destinés à être vendus à des clients finaux étaient exclus du champ d'application; cf. Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5259.

<sup>1478</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5334.

<sup>1479</sup> Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la LBA, p. 13, chap. 1.2.2.2.

<sup>1480</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341, p. 5342.

<sup>1481</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5259.

<sup>1482</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341, p. 5342.

nouvelle obligation comprend une vérification périodique de l'actualité des données clients pour toutes les relations d'affaires, indépendamment de leur classification au niveau des risques. Toutefois, s'agissant de la périodicité, de l'étendue et de la méthode de vérification et de mise à jour des données clients, c'est une approche fondée sur les risques qui a été retenue, autrement dit l'intermédiaire financier dispose de sa propre appréciation en ce qui concerne notamment la fréquence des vérifications. Il ne faut pas confondre cette nouvelle obligation avec l'actualisation ponctuelle des données clients selon l'art. 5 LBA<sup>1483</sup> qui pourrait être initiée suite à un incident spécifique, par exemple le changement de domicile du client ou une alerte transactionnelle. Il découle du commentaire relatif au projet de loi qu'au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit il est possible que l'ensemble des relations d'affaires existantes n'ait pas encore été actualisées. Toutefois et à partir de l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition, l'obligation de mise à jour périodique existe pour toutes les relations d'affaires<sup>1484</sup> ce qui, à long terme, implique des coûts de mise en œuvre. Toutefois, cette modification permettra aussi à long terme d'avoir des informations actualisées dans les bases de données des intermédiaires financiers.

- **Modifications du système de communication au MROS**: le projet de loi prévoit des modifications du système de communication qui ont été présentées plus en détail dans le chapitre dédié au droit comparé qui confronte le système de communication helvétique aux modèles allemand et états-unien<sup>1485</sup>.
- **Autres modifications de la LBA**: le projet de loi prévoit quelques modifications moins fondamentales. Il s'agit pour l'essentiel de modifications ayant trait à la coopération entre le MROS, les OAR, les OS selon la LFin, la CFMJ, l'autorité intercantonale ainsi que le Bureau du contrôle des métaux précieux (art. 29, al. 1, 2<sup>ter</sup> et 3 P-LBA 2019). En outre, le projet de loi prévoit de créer une nouvelle exception à l'interdiction d'informer selon l'art. 10a LBA, afin qu'à certaines conditions la société fille en Suisse puisse informer sa société mère à l'étranger qu'une communication de soupçons ait été effectuée. Cette modification est primordiale à notre sens, car les clients disposent en règle générale, de plusieurs comptes auprès de différents instituts financiers appartenant au même groupe. Par ailleurs, les sociétés mères étrangères doivent être en mesure de savoir dans le cadre de l'exercice de leur surveillance consolidée, si leurs sociétés filles ont effectué une communication de soupçons. Enfin, le projet prévoit d'introduire quelques adaptations formelles

<sup>1483</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5296.

<sup>1484</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5297.

<sup>1485</sup> Cf. partie I, titre I, chapitre 7.1 relatif au système de communication en Suisse.

suite à l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020 du nouveau système de traitement des données du MROS<sup>1486</sup>.

- **Autres modifications législatives :** le projet de loi prévoit d'améliorer la transparence des associations, qui à titre principal, collectent ou distribuent des fonds à l'étranger à des fins caritatives, religieuses, culturelles, éducatives ou sociales et qui représentent de ce fait un risque accru d'être exploitées à des fins de financement du terrorisme. Trois nouvelles obligations sont prévues dans le CC pour ces associations: l'inscription au RC, la tenue obligatoire d'une liste de leurs membres et la désignation d'un représentant domicilié en Suisse (art. 61, al. 2, ch. 3, 2<sup>bis</sup> et 2<sup>er</sup>, P-CC, art. 61a P-CC, art. 69, al. 2, P-CC et art. 69c, al. 1, P-CC<sup>1487</sup>). Par ailleurs, il était prévu qu'en cas de carences dans l'organisation d'une association tenue de s'inscrire au RC, le préposé puisse requérir du juge qu'il prenne des mesures (art. 941a, al. 1 et 3, P-CO<sup>1488</sup>). Toutefois, cette disposition a été écartée du projet de loi soumis au vote final des Chambres fédérales<sup>1489</sup>, car l'art. 69c, al. 2, CC, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021, prévoit déjà qu'en cas de carences organisationnelles de l'association, le juge puisse notamment fixer à l'association un délai pour régulariser sa situation et si nécessaire nommer un commissaire. En outre, le projet prévoit qu'en cas de violation intentionnelle de l'obligation relative à la désignation d'un représentant en Suisse ou à la tenue d'une liste des membres, une amende puisse être prononcée (art. 327 P-CP qui, est devenu l'art. 327b, CP dans le projet de loi soumis au vote final des Chambres fédérales)<sup>1490</sup>. Par ailleurs, les acheteurs à titre professionnel de métaux précieux usagés sont tenus de vérifier l'identité du

---

<sup>1486</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5268 s.

<sup>1487</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341, p. 5352.

<sup>1488</sup> Projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2019 5341, p. 5353.

<sup>1489</sup> Projet X 2019-0212 1 de la Commission de rédaction pour le vote final, Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA), modification du 19 mars 2021, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr/>>), consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190044/Texte%20pour%20le%20vote%20final%201%20NS%20F.pdf>> (22.11.2021); Modification du 19 mars 2021 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2021 668.

<sup>1490</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5279 à 5281; Projet X 2019-0212 1 de la Commission de rédaction pour le vote final, Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA), modification du 19 mars 2021, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr/>>), consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190044/Texte%20pour%20le%20vote%20final%201%20NS%20F.pdf>> (22.11.2021); Modification du 19 mars 2021 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2021 668.



vendeur, de clarifier l'origine légale de la marchandise et de dénoncer les opérations suspectes. Cette mesure concerne notamment les négociants en métaux précieux, les bijoutiers, les orfèvres et les établissements de prêts sur gage. Les acheteurs inscrits au RC doivent s'annoncer auprès du Bureau central du contrôle des métaux précieux, tandis que les acheteurs de métaux usagés qui ne sont pas inscrits au RC doivent obtenir une autorisation (patente d'acheteur)<sup>1491</sup>. Enfin, le Bureau central du contrôle des métaux précieux doit assumer la surveillance LBA des essayeurs du commerce qui effectuent le négoce de métaux précieux bancaires soit eux-mêmes, soit par l'intermédiaire d'une société de groupe. Cette proposition ne figurait pas dans l'avant-projet et a été ajoutée sur demande de la branche concernée<sup>1492</sup>.

Lors de la session parlementaire d'automne 2020, la Commission juridique du Conseil des États a décidé de supprimer les dispositions concernant les conseillers, de baisser le seuil de CHF 100 000 à CHF 15 000 pour le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses et d'introduire une nouvelle définition du soupçon fondé<sup>1493</sup>. Le Conseil des États est entré en matière sur le projet de loi et a suivi les propositions élaborées par sa Commission juridique<sup>1494</sup>. Le projet est donc retourné à la Commission des affaires juridiques du Conseil national qui a apporté des nouvelles modifications: elle a exclu la nouvelle catégorie de conseillers du champ d'application de la LBA, mais elle est revenue sur la proposition du Conseil fédéral s'agissant de l'abaissement du seuil pour le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses<sup>1495</sup>. Par ailleurs, elle s'est écartée du projet du Conseil fédéral sur trois points en relation avec le système de communication au MROS<sup>1496</sup>. Lors de la session parlementaire d'hiver 2020, le Conseil national est entré en matière et a renvoyé le projet de loi à sa Commission juridique, afin de procéder à une nouvelle discussion article par article<sup>1497</sup>. En février 2021, la Commission juridique du Conseil national est retournée à la case de départ: la majorité des membres a adhéré aux décisions qui avaient été

<sup>1491</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5285 à 5286.

<sup>1492</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5289.

<sup>1493</sup> Pour un examen de la définition du soupçon fondé introduite par le Conseil des États, le lecteur est renvoyé à la partie I, titre III, chapitre 7.1.1, bb.

<sup>1494</sup> BO E du 10 septembre 2020, E 734 s.

<sup>1495</sup> Tableau synoptique de l'Assemblée fédérale 2020 IV N, 19.044n: N3F, Dépliant Session d'hiver 2020, Conseil national, p. 20, 38 et 50, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr>>), consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/cen-ters/eparl/curia/2019/20190044/N3%20F.pdf>> (22.11.2021).

<sup>1496</sup> S'agissant de l'obligation de communiquer et pour un examen des modifications introduites par la Commission juridique du Conseil national, le lecteur est renvoyé à la partie I, titre III, chapitre 7.1.1, bb.

<sup>1497</sup> BO N du 15 décembre 2020, N 2547.

prises par le Conseil des États durant la session parlementaire d'automne 2020<sup>1498</sup>. Lors de la session parlementaire de printemps 2021, le Conseil national s'est rallié à la position du Conseil des États et a écarté les dispositions sur les conseillers du projet de loi. Il s'est également prononcé contre l'abaissement du seuil de CHF 100 000 à CHF 15 000 pour le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses. En revanche, la Chambre basse a suivi une proposition minoritaire en ce qui concerne la définition du soupçon fondé<sup>1499</sup> et n'a pas suivi la Chambre haute sur ce point<sup>1500</sup>. Le 10 mars 2021, le Conseil des États a suivi la proposition de sa Commission juridique et a adhéré à la proposition du Conseil national<sup>1501</sup>. L'Assemblée fédérale a finalement adopté le projet de loi le 19 mars 2021<sup>1502</sup> qui entrera vraisemblablement en vigueur au deuxième semestre 2022 en fonction de l'avancement des travaux législatifs portant sur les différentes ordonnances d'exécution du Conseil fédéral qui ont été mises en consultation publique le 1<sup>er</sup> octobre 2021<sup>1503</sup>.

## 9.2 OBA-FINMA 2020, CDB 2020 et autres révisions législatives

L'OBA-FINMA 2016 a fait l'objet d'une révision partielle en 2018<sup>1504</sup>. Le texte adopté par le conseil d'administration de la FINMA en juillet 2018, après consultation des milieux intéressés, est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020. Il prévoit principalement les modifications suivantes<sup>1505</sup>:

---

<sup>1498</sup> Tableau synoptique de l'Assemblée fédérale 2020 IV N, 19.044n: N 3F, Dépliant Session d'hiver 2020, Conseil national, p. 1 et 19, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr/>>), consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190044/N4%20F.pdf>> (22.11.2021).

<sup>1499</sup> Pour les propositions minoritaires introduites lors des débats de la Commission juridique du Conseil national, le lecteur est renvoyé à la partie I, titre III, chapitre chapitre 7.1.1, bb.

<sup>1500</sup> BO N du 1<sup>er</sup> mars 2021, N 8 s.

<sup>1501</sup> BO E du 10 mars 2021, E 176; Tableau synoptique de l'Assemblée fédérale 2021 I S, 19.044n: S5 F.pdf – Dépliant Session de printemps 2021, Conseil des États, p. 1 et 6, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr/>>), consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190044/S5%20F.pdf>> (22.11.2021).

<sup>1502</sup> Projet X 2019-0212 1 de la Commission de rédaction pour le vote final, Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA), modification du 19 mars 2021, in: L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse, (<<https://www.parlament.ch/fr/>>), consulter à ce titre: <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190044/Texte%20pour%20le%20vote%20final%201%20NS%20F.pdf>> (22.11.2021); Modification du 19 mars 2021 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, FF 2021 668.

<sup>1503</sup> Rapport explicatif du 1<sup>er</sup> octobre 2021 relatif au projet mis en consultation de la modification de l'ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html?lang=fr>>), consulter à ce titre: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/68407.pdf>> (22.11.2021).

<sup>1504</sup> Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA), RO 2018 2691.

- **Les intermédiaires financiers doivent clarifier les motifs du recours à des sociétés de domicile (art. 9a OBA-FINMA 2020) et critères à risque accru (art. 13, al. 2, let. a à h et art. 13, al. 2<sup>bis</sup>, OBA-FINMA 2020)**: le catalogue d'exemples mentionnant les critères relatifs aux relations d'affaires comportant des risques accrus a été élargi et précisé. Cela concerne notamment le critère relatif à la complexité des structures. Par ailleurs, lorsque des sociétés de domicile sont utilisées, les raisons doivent en être clarifiées. De plus, les intermédiaires financiers doivent utiliser des critères de risque pertinents lors de la catégorisation des relations d'affaires<sup>1506</sup>.
- **Gestion globale des risques juridiques et de réputation (art. 6 OBA-FINMA 2020)**: les exigences pour les intermédiaires financiers, qui possèdent des succursales à l'étranger ou dirigent un groupe financier avec des sociétés étrangères, ont été précisées<sup>1507</sup>.
- **Opérations de caisse (art. 51, al. 1, let. b, OBA-FINMA 2020)**: le seuil des opérations de caisse et concernant la souscription de placements collectifs de capitaux non cotés en bourse a été baissé de 25 000 CHF au niveau exigé par le GAFI de 15 000 CHF.
- **Indications lors de paiements électroniques (art. 10 OBA-FINMA 2020)**: l'obligation de vérifier les informations sur le donneur d'ordre et sur le bénéficiaire dans le trafic des paiements a été précisée.
- **Pays GAFI à haut risque (art. 13, al. 2, let. a, let. g et al. 3, let. d; art. 14, al. 2, let. d et al. 3, let. b, OBA-FINMA 2020)**: un renvoi explicite aux pays que le GAFI considère à haut risque ou non coopératifs a été effectué dans les dispositions relatives à la classification des risques des relations d'affaires et des transactions.

Afin de tenir compte des critiques formulées par le GAFI lors du quatrième cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse et pour s'aligner sur l'OBA-FINMA 2020, l'ASB a révisé la CDB 2016. La CDB 2020 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020 et contient principalement les nouveautés suivantes:

- **Raccourcissement du délai de 90 jours en cas de documentation manquante lors de l'ouverture d'un compte (art. 45 CDB 2020)**: le délai pour remettre la documentation manquante lors de l'ouverture d'un nouveau compte qui avait été re-

<sup>1505</sup> Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA) – révision partielle, Éléments essentiels, 4 septembre 2017.

<sup>1506</sup> Pour une analyse de l'art. 13, al. 2, OBA-FINMA 2020, le lecteur est renvoyé à la partie II, titre I, chapitre 2.11.5.

<sup>1507</sup> Cf. partie II, titre I, chapitre 2.11.5.

haussé de 30 à 90 jours à l'occasion de la révision de la CDB en 2003<sup>1508</sup> a été à nouveau baissé à 30 jours, afin de tenir compte de la critique des experts du GAFI lors du quatrième cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse.

- **Opérations de caisse (art. 4, al. 2, let. g, CDB 2020)**: suite à l'abaissement du seuil pour les opérations de caisse dans l'OBA-FINMA 2020 (art. 51 OBA-FINMA 2020), le seuil dans la CDB a également été baissé de 25 000 CHF à 15 000 CHF.
- **Autres modifications**: la CDB 2020 renvoie désormais à plusieurs reprises à la Circ.-FINMA 16/7 «Identification par vidéo et en ligne». Par ailleurs, l'art. 62 CDB 2020, relatif à la procédure sommaire par-devant la Commission de surveillance a été mis à jour.

Le Conseil fédéral a adopté le 14 septembre 2018 son Message relatif à la Convention et du Protocole additionnel du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé<sup>1509</sup>. Ces modifications législatives, qui ont été acceptées par les Chambres fédérales avec des amendements le 25 septembre 2020, prévoient que le nouvel art. 260<sup>sexies</sup> CP réprimera par une peine privative de liberté de 5 ans au plus, le recrutement, la formation et le voyage en vue d'un acte terroriste ainsi que les activités de financement connexes. Par ailleurs et au cœur de ces modifications se trouve la révision de l'art. 260<sup>ter</sup> CP qui désormais criminalise le terrorisme en tant que tel, renonce au critère impératif du secret de l'organisation criminelle et supprime la condition liée à l'activité criminelle de l'organisation. La peine encourue pour les personnes qui exercent une influence déterminante au sein de l'organisation est de trois ans au moins et de 20 ans au plus<sup>1510</sup>. Finalement, il est prévu d'améliorer l'échange et l'analyse d'informations sur le financement du terrorisme, afin que le MROS puisse traiter des communications de soupçons qui lui parviennent de l'étranger même en l'absence d'une communication effectuée par un intermédiaire financier suisse (nouvel art. 11a, al. 2<sup>bis</sup>, et 3 LBA)<sup>1511</sup>.

---

<sup>1508</sup> Cf. partie II, titre II, chapitre 6.4 qui traite notamment des nouveautés introduites par la CDB 2003.

<sup>1509</sup> Message du Conseil fédéral du 14 septembre 2018 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, FF 2018 6469.

<sup>1510</sup> Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé du 25 septembre 2020, FF 2020 7651, p. 5; Message du Conseil fédéral du 14 septembre 2018 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, FF 2018 6469, p. 6509 à 6511; Cf. partie II, titre II, chapitre 5.1.

Le Conseil fédéral a fixé l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions au 1<sup>er</sup> juillet 2021. C'est également à cette date que la Suisse a ratifié le Protocole additionnel de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme<sup>1512</sup>. La loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (MPT) prévoyant diverses mesures policières préventives telles que l'obligation de se présenter, l'interdiction de contact ou l'assignation à résidence, a fait l'objet d'un référendum qui a formellement abouti. La loi a été soumise à une votation populaire le 13 juin 2021<sup>1513</sup> et elle a été admise par les votants. Le Conseil fédéral a donc mis en consultation publique l'ordonnance relative à la MPT du 23 juin 2021 au 14 octobre 2021. La plupart des dispositions de la MPT, de même que de l'ordonnance d'application, devraient entrer en vigueur au premier semestre de 2022<sup>1514</sup>.

En outre, un autre projet législatif d'envergure a été adopté par les Chambres fédérales pour mettre en œuvre les recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange d'informations à des fins fiscales. La loi sur le Forum mondial<sup>1515</sup> interdit l'émission des actions au porteur (art. 622, al. 1<sup>bis</sup>, CO<sup>1516</sup>), car ces papiers-valeurs ont été critiqués à maintes reprises tant par le GAFI que par le Forum mondial. Toutefois, cette interdiction souffre deux exceptions, à savoir lorsqu'une société possède des titres de participation cotés en bourse ou que les actions sont émises sous forme de titres intermédiés et sont déposées auprès d'un dépositaire en Suisse désigné par la so-

<sup>1511</sup> Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé du 25 septembre 2020, FF 2020 7651, p. 12.

<sup>1512</sup> Communiqué de presse du Conseil fédéral du 31 mars 2021 «Lutte contre le terrorisme: entrée en vigueur de dispositions pénales renforcées», in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-82906.html>> (22.11.2021).

<sup>1513</sup> Demandes de référendum ayant abouti, in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre: <[https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/rf/ref\\_2\\_2\\_3\\_2.html](https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/rf/ref_2_2_3_2.html)> (22.11.2021).

<sup>1514</sup> Cf. Communiqué de presse du Conseil fédéral du 23 juin 2021, «L'ordonnance relative à la loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme est mise en consultation», in: Le Conseil fédéral – le portail du Gouvernement suisse (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-84105.html>> (22.11.2021), voir aussi l'avant-projet d'ordonnance, consulter à ce titre: <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/67231.pdf>> (22.11.2021).

<sup>1515</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (loi sur le Forum mondial), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2019, à l'exception des art. 697i, 697k, 697l, 697m et 731b, al. 1, ch. 4, du code des obligations qui sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2021, RO 2019 3161.

<sup>1516</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (loi sur le Forum mondial), RO 2019 3161, p. 3161.

ciété ou inscrites au registre principal (art. 622, al. 2<sup>bis</sup>, CO<sup>1517</sup>). Le Conseil fédéral souligne dans son Message que le nombre des actions au porteur est à la baisse depuis quelques années. En effet, si en l'année 2014 le capital-actions des sociétés anonymes nouvellement fondées était exclusivement composé d'actions à 73%, ce chiffre s'élève à 89,9% en 2019<sup>1518</sup>. Toutefois le Message indique aussi que près de 57 000, ou 26% de toutes les sociétés anonymes actuellement actives en Suisse, ont émis des actions au porteur (dont 5200 se trouvent en liquidation<sup>1519</sup>). Autrement dit, un quart de toutes les sociétés anonymes helvétiques possèdent des actions au porteur, ce qui est un chiffre considérable.

À ce propos et pour tenir notamment compte du nombre important de sociétés disposant d'actions au porteur, la loi sur le Forum mondial prévoit des dispositions transitoires pour les personnes morales qui sont encore en possession de telles actions. Ces dernières peuvent soit faire inscrire au RC l'exception dont elles bénéficient, soit convertir l'ensemble des actions au porteur jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 2021 (date de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, relatives aux actions au porteur) en actions nominatives. En cas d'inaction au terme de ce délai, les actions au porteur seront converties de plein droit en actions nominatives (art. 4, al. 1, dispositions transitoires de la loi sur le Forum mondial<sup>1520</sup>). Or, les actionnaires qui se sont annoncés auprès de la société en vertu de l'art. 697i CO seront inscrits au registre des actions tandis que, dans le cas contraire, leurs droits sociaux seront suspendus et les droits patrimoniaux s'éteindront (art. 6, al. 1 et 2, dispositions transitoires de la loi sur le Forum mondial<sup>1521</sup>). Si, cinq ans après l'entrée en vigueur de la loi, les actionnaires ne se sont pas conformés à l'obligation d'annonce, ils auront encore la possibilité – avec l'accord de la société – de demander au tribunal leur inscription au registre des actions de la société en apportant la preuve de leur qualité d'actionnaire (art. 7, al. 1 et 2, dispositions transitoires de la loi sur le Forum mondial<sup>1522</sup>); à défaut, leurs actions seront annulées de par la loi et

---

<sup>1517</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (loi sur le Forum mondial), RO 2019 3161, p. 3161.

<sup>1518</sup> Message du Conseil fédéral du 21 novembre 2018 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales émises dans le rapport de phase 2 de la Suisse, FF 2019 277, p. 294.

<sup>1519</sup> Message du Conseil fédéral du 21 novembre 2018 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales émises dans le rapport de phase 2 de la Suisse, FF 2019 277, p. 334.

<sup>1520</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (loi sur le Forum mondial), RO 2019 3161, p. 3164 à 3165.

<sup>1521</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (loi sur le Forum mondial), RO 2019 3161, p. 3165.

remplacées par des actions de la société (art. 8, al. 1, dispositions de la loi sur le Forum mondial<sup>1523</sup>).

L'obligation d'annoncer l'ayant droit économique en vertu du droit des sociétés est ancré à l'art. 697j CO, et avait déjà suscité des critiques et controverses doctrinales lors de son introduction le 1<sup>er</sup> juillet 2015, par la loi GAFI de 2014<sup>1524</sup>. Entre-temps, suite à l'entrée en vigueur de la loi sur le Forum mondial, l'art. 697j CO,<sup>1525</sup> a subi des modifications. Ainsi, l'art. 697, al. 2, CO prévoit désormais que lorsque l'actionnaire est une personne morale ou une société de personnes, chaque personne physique qui contrôle l'actionnaire selon l'art. 963, al. 2, CO par analogie doit être annoncée, soit:

- la personne qui dispose directement ou indirectement de la majorité des voix au sein de l'organe suprême;
- la personne qui a le droit directement ou indirectement de désigner ou de révoquer la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration;
- ou la personne pouvant exercer une influence dominante en vertu des statuts, de l'acte de fondation, d'un contrat ou d'instruments analogues.

Lorsqu'il n'y a pas d'ayant droit économique, l'actionnaire est également tenu d'en informer la société. Par ailleurs, si l'actionnaire est une société de capitaux cotée en bourse, s'il contrôle une telle société ou est contrôlé par elle au sens de l'art. 963, al. 2, CO il doit annoncer uniquement ce fait ainsi que la raison sociale et le siège de la société de capitaux (art. 697j, al. 3, CO). Toute modification du prénom, du nom ou de l'adresse de l'ayant droit économique doit impérativement être annoncée dans un délai de trois mois à la société (art. 697j, al. 4, CO)<sup>1526</sup>.

Les règles selon le droit des sociétés<sup>1527</sup> relatives à la vérification de l'identité de l'ayant droit économique ne correspondent pas aux dispositions en matière de lutte

<sup>1522</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (loi sur le Forum mondial), RO 2019 3161, p. 3166.

<sup>1523</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (loi sur le Forum mondial), RO 2019 3161, p. 3166.

<sup>1524</sup> FISCHER MARKUS/GALLI DARIO, Wer ist die wirtschaftlich berechtigte Person gemäss Art. 697j OR?, in: Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 112/2016, p. 481.

<sup>1525</sup> Nouvelle teneur selon la loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (loi sur le Forum mondial), RO 2019 3161, p. 3162.

<sup>1526</sup> CHATELANAT CHRISTOPHE, Vers la disparition des actions au porteur, in: Centre de droit bancaire et financier (CDBF), (<[www.cdbf.ch](http://www.cdbf.ch)>); consulter à ce titre: <<https://cdbf.ch/1091/>> (22.11.2021).

<sup>1527</sup> Pour les personnes morales et sociétés de personnes, l'art. 697j, al. 2, CO, prévoit une cascade exhaustive prévoyant que chaque personne physique qui contrôle l'actionnaire conformément à l'art. 963, al. 2, CO, doit être annoncée comme ayant droit économique. Selon l'art. 963, al. 2,

contre le blanchiment d'argent pour les intermédiaires financiers, respectivement à la cascade prévue à l'art. 20 CDB 2020<sup>1528</sup>. Il s'ensuit qu'il existe une *lex generalis* applicable aux personnes morales dans le droit des sociétés et une *lex specialis* applicable aux intermédiaires financiers dans les dispositions anti-blanchiment. Cette divergence est regrettable, car le but poursuivi par ces dispositions est le même, à savoir percer le voile juridique des personnes morales et assurer une transparence, afin d'identifier les personnes physiques derrière les personnes morales.

Enfin, la violation intentionnelle de l'obligation d'annoncer les ayants droit économiques des actions ou des parts sociales ainsi que de celle relative à la tenue des listes et registres est passible d'une amende (art. 327 et 327a CP<sup>1529</sup>). Par ailleurs, face à des carences organisationnelles de la société, notamment si la liste des ayants droit économiques n'est pas tenue correctement, les actionnaires, les créanciers et le préposé au RC peuvent saisir un tribunal, afin que ce dernier ordonne des mesures (art. 731b, al. 1 et 1<sup>bis</sup>, CO<sup>1530</sup>).

En guise de conclusion, il convient de présenter les modifications législatives apportées par la LSFIn et la LEFin qui ont été adoptées par l'Assemblée fédérale le 15 juin 2018 et qui sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020<sup>1531</sup>. Selon le Conseil fédéral, la

---

CO, une personne morale est réputée contrôler une autre entreprise si elle satisfait à l'une des conditions suivantes: 1) elle dispose directement ou indirectement de la majorité des voix au sein de l'organe suprême; 2) elle dispose directement ou indirectement du droit de désigner ou de révoquer la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration; 3) elle peut exercer une influence dominante en vertu des statuts, de l'acte de fondation, d'un contrat ou d'instruments analogues.

<sup>1528</sup> À l'exception des sociétés cotées en bourse (art. 22, CDB 2020), des autorités (art. 23, CDB 2020), des banques et autres intermédiaires financiers en qualité de cocontractants (art. 24, CDB 2020), des autres exceptions à l'obligation d'identification (art. 25, CDB 2020) et des communautés de copropriétaires par étages et de copropriétaires (art. 26 CDB 2020); l'art. 20, CDB 2020, prévoit la cascade suivante pour identifier le détenteur du contrôle d'une société opérationnelle:

<sup>1</sup> «Les détenteurs du contrôle qui détiennent au moins 25% des droits de vote ou du capital d'une personne morale ou d'une société de personnes exerçant une activité opérationnelle doivent être identifiés par écrit.

<sup>2</sup> Des personnes physiques doivent en principe être identifiées comme détenteurs du contrôle.

<sup>3</sup> En l'absence de détenteur du contrôle au sens de l'alinéa 1, il y a lieu d'identifier les personnes physiques qui exercent le contrôle de la société d'une autre manière reconnaissable.

<sup>4</sup> En l'absence de détenteur du contrôle au sens des alinéas 1 et 3, il y a lieu d'identifier en leur lieu et place la personne dirigeante.».

<sup>1529</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (loi sur le Forum mondial), RO 2019 3161, p. 3166 à 3167.

<sup>1530</sup> Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (loi sur le Forum mondial), RO 2019 3161, p. 3169.

<sup>1531</sup> Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin) du 4 novembre 2015, FF 2015 8101. En vertu de l'art. 75,



LSFin doit non seulement créer des conditions de concurrence uniformes, mais aussi améliorer la protection des clients en définissant, pour tous les prestataires de services financiers, des règles concernant tant la fourniture de ces services que l'offre d'instruments financiers<sup>1532</sup>. La LEFin quant à elle doit régler dans un seul et même acte législatif la surveillance de l'ensemble des prestataires de services financiers pratiquant la gestion de fortune, sous quelque forme que ce soit<sup>1533</sup>. Entre l'avant-projet relatif à la LSFin et à la LEFin mis en consultation par le Conseil fédéral et son adoption par les Chambres fédérales, quatre longues années se sont écoulées. Durant ce laps de temps, les deux projets législatifs ont subi des modifications importantes qui s'éloignent de manière substantielle de l'avant-projet de loi mis en consultation le 26 juin 2014 par le Conseil fédéral<sup>1534</sup>. À titre d'exemple, on peut mentionner deux points qui étaient prévus dans l'avant-projet de loi: la suppression du fonds instauré pour les frais de procès et de tribunal et la suppression du renversement du fardeau de la preuve en cas de violation des obligations d'information du client<sup>1535</sup>. Le 6 novembre 2019, le Conseil fédéral a mis en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2020 les ordonnances OSFin<sup>1536</sup>, OEFin<sup>1537</sup> et OOS<sup>1538</sup> relatives aux dispositions d'exécution pour la mise en œuvre de la LSFin et de la LEFin. Enfin, le législateur a conféré à la FINMA la compétence de définir dans plusieurs domaines des dispositions techniques d'exécution. Dans cette perspective la FINMA a adopté en novembre 2020 la réglementation subséquente à la LSFin et à la LEFin qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021. Celle-ci comprend une nouvelle ordonnance d'exécution (OEFin-FINMA)<sup>1539</sup> ainsi que des modifications des ordonnances et circulaires de la FINMA qui ont dû être adaptées dans le sillage de la LEFin et de la LSFin. La nouvelle ordonnance sur les établissements financiers (OEFin-FINMA)<sup>1540</sup> règle principalement les détails de l'assurance

---

al. 4, LEFin, certaines dispositions sont entrées en vigueur de manière anticipée, le 1<sup>er</sup> janvier 2019 (RO 2018 5247).

<sup>1532</sup> Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin) du 4 novembre 2015, FF 2015 8101, p. 8102.

<sup>1533</sup> Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin) du 4 novembre 2015, FF 2015 8101, p. 8103.

<sup>1534</sup> Communiqué de presse du Conseil fédéral du 26 juin 2014: «Le Conseil fédéral ouvre la procédure de consultation concernant la loi sur les services financiers et la loi sur les établissements financiers», in: Le Conseil fédéral, Le portail du Gouvernement suisse, (<<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.admin.ch/gov/fr/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-53561.html>> (22.11.2021).

<sup>1535</sup> Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin) du 4 novembre 2015, FF 2015 8101, p. 8114.

<sup>1536</sup> Ordonnance du 6 novembre 2019 sur les services financiers (OSFin; RS 950.11).

<sup>1537</sup> Ordonnance du 6 novembre 2019 sur les établissements financiers (OEFin; RS 954.11).

<sup>1538</sup> Ordonnance du 6 novembre 2019 sur les organismes de surveillance dans la surveillance des marchés financiers (OOS; RS 956.134).

<sup>1539</sup> Ordonnance du 4 novembre 2020 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur les établissements financiers (OEFin-FINMA; RS 954.111).

<sup>1540</sup> Op. cit.

responsabilité civile professionnelle des gestionnaires de fortune, des *trustees* et de gestionnaires de fortune collective. Elle apporte aussi des précisions relatives au calcul du seuil *de minimis* en lien avec l'autorisation en qualité de gestionnaire de fortune et par rapport à la gestion des risques ainsi que le système de contrôle des gestionnaires de fortune collective. Suite à l'abrogation du statut d'intermédiaire financier directement soumis (IFDS), l'OBA-FINMA a aussi été adaptée. Par ailleurs et afin de tenir compte des modifications apportées à la R. 15/2012 du GAFI, le seuil pour la vérification de l'identité des clients en cas d'opérations de change pour les cryptomonnaies a été baissé de 5000 à 1000 CHF. Enfin des adaptations mineures d'ordre technique ont été apportées à d'autres ordonnances et circulaires de la FINMA<sup>1541</sup>.

Les principales nouveautés introduites par la LSFfin pour les prestataires de service financiers, les conseillers à la clientèle ainsi que les producteurs et fournisseurs d'instruments financiers (art. 2, al. 1, let. a-c, LSFfin) peuvent être résumées comme suit :

- **Règles de comportement et organisation** : une obligation d'informer les clients (art. 8 LSFfin) et de contrôler le caractère adéquat et approprié des services financiers offerts (art. 10 LSFfin) a été instauré. Par ailleurs, les obligations de comportement doivent correspondre au besoin de protection spécifique du client visé. Les obligations ne sont pas les mêmes pour les clients institutionnels ou privés, même si ces derniers peuvent choisir d'entrer (*opting-in*) ou de sortir (*opting-out*) de l'une des catégories prévues (art. 5 LSFfin). En outre, des rétrocessions sur les produits peuvent seulement être acceptées aux conditions suivantes : les clients ont été informés expressément au préalable de la rémunération et y ont renoncé ou la rémunération est entièrement transférée aux clients (art. 26, al. 1, let. a et b, LSFfin). L'OSFin prévoit des délais transitoires de deux années pour la mise en œuvre des règles de comportement prévues aux art. 7 à 18 LSFfin (art. 105 OSFin) et pour les mesures organisationnelles prévues aux art. 21 à 27, LSFfin (art. 106 OSFin).
- **Obligation de publier un prospectus** : la LSFfin prévoit désormais des règles uniformes quant à l'obligation de publier un prospectus pour toutes les valeurs mobilières proposées au public (art. 35 LSFfin). Elle prévoit toutefois des exceptions énumérées à l'art. 36 LSFfin. Enfin, le prospectus doit être soumis à l'organe de contrôle avant sa publication pour qu'il en vérifie l'intégralité, la cohérence et la

---

<sup>1541</sup> Pour un aperçu des modifications les plus importantes, consulter le communiqué de presse de la FINMA du 12 novembre 2020 « La FINMA adopte la réglementation subséquente à la LSFfin et à la LEFin », Disposition d'exécution de la FINMA relatives à la LSFfin et à la LEFin, Explications du 4 novembre 2020, éléments essentiels, in : Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre : <[https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/2020702-ausfuehrungsbestimmungen-zu-fidleg-und-finig/erlaeuterungen\\_finiv\\_finma\\_20201104\\_de.pdf?la=fr](https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/2020702-ausfuehrungsbestimmungen-zu-fidleg-und-finig/erlaeuterungen_finiv_finma_20201104_de.pdf?la=fr)> (22.11.2021).

clarté (art. 51 LSFIn). L'organe de contrôle doit disposer d'un agrément de la FINMA (art. 52 LSFIn).

- **Feuille d'information de base (FIB)**: si une offre portant sur un instrument financier vise des clients privés, le producteur doit préalablement établir une feuille d'information de base (art. 58, al. 1, LSFIn). En revanche, il n'est pas nécessaire d'établir une FIB pour les instruments financiers que les clients privés ne peuvent acquérir que dans le cadre d'un contrat de gestion de fortune (art. 58, al. 2, LSFIn). Il n'est pas nécessaire d'établir une FIB pour les valeurs mobilières sous forme d'actions, y compris les valeurs mobilières assimilables à des actions qui confèrent des droits de participation, tels que les bons de participation ou les bons de jouissance de même que les titres de créance n'ayant pas le caractère de dérivés (art. 59, al. 1, LSFIn). En outre, si les documents établis selon des législations étrangères sont équivalents à la FIB, ils peuvent être utilisés en lieu et à la place de celle-ci (art. 59, al. 2, LSFIn). La FIB doit être aisément compréhensible (art. 61 LSFIn) et contenir les indications essentielles permettant aux investisseurs de prendre une décision de placement fondée et de comparer divers instruments financiers entre eux (art. 60, al. 1, LSFIn). En revanche, la FIB n'est pas soumise à une obligation de contrôle comme c'est le cas pour les prospectus.
- **Registre des conseillers à la clientèle (art. 28 LSFIn)**: les conseillers à la clientèle des prestataires de services financiers suisses, non assujettis à la surveillance en vertu de l'art. 3 LFINMA, ainsi que les conseillers à la clientèle de prestataires de services financiers étrangers, ne peuvent exercer leur activité en Suisse que s'ils sont inscrits dans un registre des conseillers (art. 28, al. 1, LSFIn). Le registre des conseillers n'est pas soumis à la surveillance de la FINMA. En revanche, les organes d'enregistrement doivent obtenir un agrément de la FINMA (art. 31 LSFIn). Les conseillers qui sont inscrits au registre doivent connaître suffisamment les règles de comportement énoncées dans la LSFIn, disposer de connaissances techniques requises par leur activité (art. 6 LSFIn) et avoir conclu une assurance responsabilité civile professionnelle ou fournir des garanties financières équivalentes. Enfin, ils doivent eux-mêmes être affiliés en qualité de prestataires de services financiers (art. 29, al. 1, let. a et b, LSFIn) ou alors le prestataire de services financiers pour lequel ils exercent leur activité doit lui être affilié à un organe.

Les nouveautés principales introduites par la LEFin peuvent être résumées comme suit:

- **Établissements financiers soumis à la LEFin (art. 2, al. 1, let. a à e, LEFin)**: les gestionnaires de fortune, les *trustees*, les gestionnaires de fortune collective y compris les gestionnaires de capitaux de prévoyance, les directions de fonds et les maison de titres doivent obtenir une autorisation d'exercer de la FINMA (art. 5, al. 1, LEFin), à l'exception des établissements qui sont déjà soumis, en Suisse, à une sur-

veillance étatique équivalente (art. 5, al. 3, LFin) selon un système d'autorisation en cascade (art. 6 LFin).

- **Les Organismes de Surveillance (OS)**: la FINMA autorise les OS (art. 2 OOS) et les surveille. Tandis que les OS exercent la surveillance courante sur les gestionnaires de fortune et les *trustees* (art. 61 LFin et art. 10 OOS). En cas d'infraction grave au droit de la surveillance ou d'autres irrégularités qu'il n'est pas possible d'éliminer lors de la surveillance courante, l'OS doit en informer immédiatement la FINMA (art. 11, al. 1, let. a, OOS) qui peut utiliser les instruments de surveillance à sa disposition. Dans ce contexte, au cours de l'année 2020, la FINMA a octroyé cinq autorisations à des OS<sup>1542</sup>.
- **Suppression du statut d'intermédiaire financier directement soumis (IFDS)**: les nouvelles dispositions de la LFin ne soumettent pas les IFDS à une surveillance prudentielle en leur qualité de gestionnaires de fortune, mais elles remplacent leur obligation d'obtenir une autorisation par une adhésion obligatoire à un OAR (dispositions transitoires, art. 74, al. 2, LFin) ou à un OS, s'agissant des gestionnaires de fortune ou des *trustees*.
- **Nouveau régime de surveillance pour les essayeurs du commerce**: les essayeurs du commerce qui effectuent le négoce de métaux précieux bancaires soit eux-mêmes, soit par l'intermédiaire d'une société de groupe, seront assujettis à la surveillance du Bureau central du contrôle des métaux précieux dès l'entrée en vigueur de la LBA révisée<sup>1543</sup>. La LBA révisée a été adoptée par l'Assemblée fédérale le 19 mars 2021.

Les nouvelles dispositions législatives de la LFin et de la LSFFin permettent certainement un meilleur encadrement des obligations de comportement des établissements financiers à l'égard de leurs clients. Il reste toutefois à voir si le modèle de surveillance mixte entre, d'une part, une surveillance étatique exercée par la FINMA sur les OS ainsi que les OAR et, d'autre part, une surveillance exercée par ces organismes privés sur leurs affiliés portera ses fruits. Par ailleurs, on ne saurait se hasarder à dire si les dispositions suisses résisteront à l'épreuve de l'équivalence européenne<sup>1544</sup>.

---

<sup>1542</sup> La liste des Organismes de Surveillance (OS) autorisés par la FINMA peut être consultée sur le site Internet de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>), consulter à ce titre: <<https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/bewilligungstraeger/pdf/ao.pdf?la=fr>> (22.11.2021).

<sup>1543</sup> Cf. partie II, titre II, chapitre 9.

<sup>1544</sup> À titre d'exemple, l'art. 26 LFin qui prévoit que le client peut renoncer aux rétrocessions s'il a dûment été informé par le gérant, n'est pas compatible avec la Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative aux marchés d'instruments financiers (MiFID II), modifiant la Directive 2002/92/CE et la Directive 2011/61/UE, JO L 173 du 12 juin 2014, p. 349 à 496. En effet, l'art. 24, consid. 9, de cette Directive prévoit que « *Le client est clairement informé de l'existence, de la nature et du montant du paiement ou de l'avantage visé au premier alinéa, ou lorsque ce montant ne peut être établi, de son mode de calcul d'une*

### 9.3 Évaluation de suivi de la Suisse par le GAFI en février 2020

Depuis l'évaluation mutuelle de 2016, la Suisse a mis en œuvre certaines recommandations du GAFI pour renforcer son dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Les recommandations suivantes ont fait l'objet d'une réévaluation par le GAFI lors de l'examen de suivi triennal de la Suisse en février 2020 et ont obtenu une meilleure notation :

- La notation de la R. 16/2012 relative aux virements électroniques est passée de *partiellement conforme* à *en grande partie conforme*.
- La notation de la R. 19/2012 relative aux pays présentant un risque élevé est passée de *partiellement conforme* à *conforme*.
- La notation de la R. 33/2012 relative aux statistiques est passée de *partiellement conforme* à *conforme*.

Le GAFI a également examiné si les mesures entreprises par la Suisse répondaient aux nouvelles exigences des recommandations ayant subi une modification depuis l'évaluation mutuelle de 2016. Dans ce contexte, il a décidé de réévaluer la notation de la R. 8/2012 relative aux organismes à but non lucratif (OBNL) qui est passée de *partiellement conforme* à *en grande partie conforme*. Par ailleurs, les notations d'*en grande partie conforme* et *conforme* ont été maintenues pour les recommandations suivantes :

- R. 16/2012 relative à la coopération et coordination nationale;
- R. 5/2012 relative aux infractions de financement du terrorisme;
- R. 7/2012 relative aux sanctions financières ciblées liées à la prolifération;
- R. 15/2012 relative aux nouvelles technologies y compris les VASPs;
- R. 18/2012 relative aux contrôles internes et succursales et filiales étrangères;
- R. 21/2012 relative à la divulgation et à la confidentialité.

Après l'examen de suivi triennal, la Suisse continue d'avoir cinq recommandations *partiellement conformes* parmi lesquelles se trouve la R. 10/2012 relative aux obligations de diligence, dont la notation doit être impérativement remontée pour sortir du processus de suivi renforcé<sup>1545</sup>.

---

*manière complète, exacte et compréhensible avant que le service d'investissement ou le service auxiliaire concerné ne soit fourni. Le cas échéant, l'entreprise d'investissement informe également le client sur les mécanismes de transfert au client de la rémunération, de la commission et de l'avantage pécuniaire ou non pécuniaire reçus en liaison avec la prestation du service d'investissement ou du service auxiliaire».*

<sup>1545</sup> Les progrès de la Suisse dans le renforcement des mesures de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, in: Groupe d'action financière (GAFI), («[www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org)»); consulter à ce titre: «[https://www.fatf-gafi.org/fr/publications/evaluationsmutuelles/documents/fur3-suisse-2020.html?hf=10&b=0&s=desc\(fatf\\_releasedate\)](https://www.fatf-gafi.org/fr/publications/evaluationsmutuelles/documents/fur3-suisse-2020.html?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate))» (22. 11. 2021).



### III Conclusions

Les standards internationaux sont le véritable moteur à l'origine de l'évolution des dispositifs législatifs nationaux en matière de lutte contre le blanchiment d'argent<sup>1546</sup>. En effet, l'analyse présentée dans cette partie démontre qu'il existe un lien temporel et matériel entre, d'une part, les projets législatifs et réglementaires adoptés, et, d'autre part, les standards du GAFI révisés au fil des années ainsi que les recommandations émises lors des évaluations mutuelles de la Suisse. À titre d'exemple, l'augmentation exponentielle depuis 2016 des communications de soupçons des intermédiaires financiers au MROS (cf. graphique 15) est notamment une conséquence de la critique émise par le GAFI, lors de la quatrième évaluation mutuelle de la Suisse durant cette même année<sup>1547</sup>. Par ailleurs, les Messages du Conseil fédéral adoptés lors des révisions de la LBA qui se sont succédées au fil des années se réfèrent explicitement aux recommandations du GAFI. Enfin, lors de la révision partielle de l'OBA-FINMA en 2018, un renvoi dynamique aux pays qui ont été classés à haut risque par le GAFI a été introduit aux art. 13 et 14 OBA-FINMA. L'ensemble de ces facteurs nous permet notamment de déduire que l'évolution du cadre réglementaire suisse est – à l'exception des affaires de potentats – avant tout le résultat de la mise en œuvre des recommandations du GAFI et n'est qu'indirectement la conséquence des affaires de blanchiment d'argent ayant touché la place financière helvétique ces trois dernières décennies. Alors qu'au début des années quatre-vingt la pression des États-Unis pour réprimer le blanchiment d'argent résultant du trafic de stupéfiants à un niveau international et les affaires *Lebanon Connection* et *Pizza Connection* ont été déterminantes pour que le législateur helvétique décide de créer des dispositions pénales en la matière, les modifications législatives et réglementaires intervenues depuis lors sont avant tout le fruit des recommandations du GAFI.

---

<sup>1546</sup> Du même avis ROTH, *Soft law – Ordnungsvisionen im flux*, p. 71, chap. 7.2.1; ZUBERBÜHLER, *Finanzmarktregulierung und kein Ende?*, p. 290.

<sup>1547</sup> Le GAFI a notamment critiqué le nombre trop faible de communications de soupçons par rapport à l'importance de la place financière suisse; cf. 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, p. 101 à 102. Pour les statistiques du MROS le lecteur est renvoyé au titre III.

La Suisse est une bonne élève, car elle s'est soumise jusqu'à présent à l'ensemble des évaluations mutuelles du GAFI<sup>1548</sup> qui ont eu lieu depuis sa constitution en 1989. Cela dit, la méthodologie d'examen ainsi que les exigences du GAFI ont fortement évolué au fil du temps et sont devenues de plus en plus détaillées et complexes. Cette constatation est notamment appuyée par le fait qu'en 1990 les recommandations du GAFI remplissaient 8 pages<sup>1549</sup>, alors qu'en 1996 ce même document comportait 15 pages<sup>1550</sup> et contenait désormais aussi des notes interprétatives. En 2003, les 40 recommandations et les recommandations spéciales du GAFI comportaient 61 pages<sup>1551</sup>. Depuis l'année 2012, ce document de référence comporte environ 140 pages<sup>1552</sup> et fait régulièrement l'objet de mises à jour. Les exigences plus élevées et sévères du GAFI se reflètent aussi dans le taux de réussite relativement bas des États membres au quatrième cycle d'évaluations mutuelles<sup>1553</sup>. Au moment de la finalisation de cette thèse, 9 sur 37 pays évalués jusqu'ici, autrement dit à peine un quart (24.32%) des États, avaient réussi le quatrième cycle d'évaluations mutuelles sans se retrouver dans un processus de suivi renforcé<sup>1554</sup>. Les évaluations mutuelles du GAFI se poursuivent selon l'échéancier jusqu'à la fin 2024. Au regard de la complexité des évaluations, le GAFI a récemment annoncé vouloir renforcer l'efficacité et l'approche basée sur les risques pour ses futures évaluations<sup>1555</sup>. Cette initiative doit être saluée, car elle signale une volonté d'optimiser les processus existants.

En ce qui concerne l'acceptation par les établissements bancaires de la réglementation anti-blanchiment suisse mettant en œuvre les recommandations du GAFI, certaines règles considérées comme étant élémentaires aujourd'hui étaient loin de l'être il y a 30 ans. À titre d'exemple, lors de la codification des premières obligations de diligence dans la Circulaire CFB 91/1, les milieux concernés ont fortement critiqué certaines dispositions qui aujourd'hui sont considérées comme la pierre angulaire de la lutte contre le blanchiment d'argent. Ces milieux estimaient que la CFB devait faire preuve d'une certaine réticence dans l'application extraterritoriale des obligations de

---

<sup>1548</sup> Jusqu'à présent le GAFI a effectué 4 cycles d'évaluations mutuelles.

<sup>1549</sup> Les recommandations du GAFI, 1990.

<sup>1550</sup> Les recommandations du GAFI, 1996.

<sup>1551</sup> Les recommandations du GAFI, 2003; Les IX recommandations spéciales du GAFI, 2003.

<sup>1552</sup> Les recommandations du GAFI, 2012 (version anglaise mise à jour en octobre 2020).

<sup>1553</sup> Dans le même sens WEISSER, *Expertokratie? Über Macht und Ohnmacht von Experten*, p. 971.

<sup>1554</sup> Les pays ayant réussi l'évaluation mutuelle jusqu'à ce jour et qui n'ont de ce fait pas été placés dans un suivi renforcé sont l'Espagne, l'Italie, la Malaisie, le Royaume-Uni, le Portugal, l'Irlande, Hong-Kong, la Grèce, la Confédération Russe, in: Groupe d'action financière (GAFI), (<http://www.fatf-gafi.org/fr/>); consulter à ce titre: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/4th-Round-Ratings.xlsx> (22. 11. 2021).

<sup>1555</sup> Outcomes FATF Plenary, Paris, 19-21 February 2020, 21 February 2020, in: Groupe d'action financière (GAFI), ([www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org)); consulter à ce titre: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/outcomes-fatf-plenary-february-2020.html> (22. 11. 2021).



diligence aux succursales et aux sociétés de groupe des établissements bancaires suisses à l'étranger. Par ailleurs, l'idée de créer une liste noire répertoriant les pays où le blanchiment d'argent était le plus courant était jugée impraticable et discriminatoire<sup>1556</sup>. En outre, l'établissement d'un profil client contenant les informations les plus importantes n'était ni réalisable ni nécessaire pour les cas dans lesquels le client avait déjà un contact avec son conseiller, car celui-ci était à même de signaler d'éventuels indices de blanchiment d'argent. Finalement, l'identification de l'ayant droit économique des personnes morales qui n'étaient pas cotées en bourse n'était pas réalisable du fait du grand nombre d'actionnaires pouvant se cacher derrière une société et des actionnaires inconnus (par exemple les actionnaires détenant des actions au porteur ou les *nominee shareholder*)<sup>1557</sup>. Aujourd'hui, l'établissement d'un profil KYC pour les clients à risque accru est une évidence, le conseiller client constitue dans certains établissements la première ligne de défense et n'est pas le seul responsable du suivi des relations d'affaires. Les ayants droit économiques des sociétés de domicile et les détenteurs de contrôle des sociétés opérationnelles doivent être identifiés. Enfin, la Suisse a récemment décidé de supprimer les actions au porteur en prévoyant des délais transitoires pour les convertir en actions nominatives. Le fait que les intermédiaires financiers aient accepté au fil du temps la transposition des recommandations du GAFI dans la réglementation anti-blanchiment suisse ne signifie pas que ces standards peuvent aisément être mis en œuvre dans la pratique. Le GAFI reconnaît que les États sont dotés de systèmes juridiques et financiers divers et qu'ils ne peuvent pas tous prendre des mesures identiques afin de réaliser l'objectif commun<sup>1558</sup>. Par ailleurs, les recommandations représentent un standard minimal. Cependant, l'étude effectuée dans la première partie démontre que, notamment du fait de leur degré de détail, les recommandations du GAFI ne représentent plus un standard minimal<sup>1559</sup>. À titre d'exemple, le GAFI adresse fréquemment des recommandations très détaillées aux États membres à l'issue des évaluations mutuelles, allant jusqu'à les exhorter à modifier leurs dispositions législatives pour se conformer aux attentes des recommandations<sup>1560</sup>. Cette pratique ne laisse aucune marge de manœuvre à l'État membre pour décider du «réceptif» adéquat pour mettre en œuvre les recommandations. En guise de conclusion, il est intéressant de constater que même les autorités de surveillance

<sup>1556</sup> DIETZI, *der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes?*, p. 83.

<sup>1557</sup> DIETZI, *der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes?*, p. 84 à 85.

<sup>1558</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, p. 5339.

<sup>1559</sup> Cf. partie I, titre II, chapitre 3.1.2, chapitre 3.3.

<sup>1560</sup> À titre d'exemple et lors du quatrième cycle d'évaluations mutuelles de la Suisse, le GAFI a recommandé que la distinction entre le droit et l'obligation de communiquer dans la R. 20/2012 devait être clarifiée au niveau législatif; cf. 4<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, 2016, p. 102; dans le même sens WEISSER, *Expertokratie? Über Macht und Ohnmacht von Experten*, p. 983.

européennes rencontrent certaines difficultés à cet égard. En effet, dans une analyse publiée début février 2020, l'ABE est arrivée à la conclusion que la majorité des autorités évaluées ont éprouvé des difficultés dans la mise en œuvre de l'approche fondée sur les risques, qui est pourtant prônée par le GAFI dans toutes ses recommandations<sup>1561</sup>.

---

<sup>1561</sup> EBA Report, février 2020, p. 23.

Troisième partie:

**Statistiques en matière de lutte contre le  
blanchiment d'argent et considérations finales**



# I Statistiques de l'OFS, de la FINMA, du MROS et du DFF

## 1. Introduction et délimitations

L'analyse des statistiques présentées dans ce chapitre porte sur des données de l'OFS, de la FINMA, du MROS et du DFF dans la période comprise entre 2014 et 2020. Cette période a été choisie, car elle coïncide avec l'éclatement des grandes affaires de blanchiment d'argent d'envergure internationale qui n'ont pas épargné la place financière helvétique (affaires Petrobras, Odebrecht, 1MDB, PDVSA, FIFA, *Panama Papers*, *Russian Laundromat*, Danske Bank<sup>1562</sup>). Ce choix s'explique aussi par le fait que certaines autorités n'ont pas recensé le matériel statistique plus ancien, ce qui ne permet pas d'effectuer une analyse transversale cohérente, portant sur une même période temporelle, pour l'ensemble des autorités concernées. S'agissant du MROS, le matériel statistique étant disponible, une période allant de 2010 à 2020 a été choisie pour certains graphiques, afin de démontrer l'évolution des communications de soupçons sur une plus longue période.

En ce qui concerne les procédures pénales au niveau fédéral, le MPC n'a pas donné suite à une demande écrite, visant à obtenir des statistiques. Dans ce contexte, il n'a pas été possible d'analyser l'évolution de la criminalité économique au niveau fédéral au sens de l'article 24 CPP, notamment en ce qui concerne le nombre de cas de blanchiment d'argent avec indication des infractions préalables, en particulier la corruption<sup>1563</sup> qui était l'infraction préalable la plus communiquée au MROS en 2018 et qui

---

<sup>1562</sup> Cf. partie II, titre I, chapitres 2.11 à 2.15.1.

<sup>1563</sup> Le MPC a déclaré à l'OCDE que le nombre d'enquêtes pour des faits de corruption transnationale et de blanchiment s'élevaient à 28 au 31 décembre 2012, 33 au 31 décembre 2013 et 39 au 31 décembre 2014. À partir de 2015, les procédures de corruption transnationale et de blanchiment du produit de cette infraction ont été différenciées et s'élèvent à 138 procédures dont 58 pour des faits de corruption transnationale et 80 pour blanchiment du produit de cette infraction. En 2016, le MPC comptait 137 procédures au total, à savoir 65 pour des faits corruptifs transnationaux et 72 pour blanchiment. Ces chiffres démontrent que les affaires de corruption transnationales ont subi une forte augmentation ces dernières années; cf. Rapport de l'OCDE

occupait la deuxième place en 2019<sup>1564</sup>. Il n'a pas été possible non plus de déterminer le nombre de procédures pour blanchiment d'argent qui ont fait l'objet d'un non-lieu en application du principe *ne bis in idem* par le MPC, lorsque l'affaire a été résolue judiciairement ou par voie de la négociation pénale à l'étranger (par exemple par une *plea bargaining*). Finalement, il n'a pas été possible d'étudier les montants séquestrés par le MPC et de se pencher sur la question de savoir si les actes de blanchiment ont été commis en Suisse ou à l'étranger et dans quelle mesure des structures complexes ou des sociétés de domicile ont été utilisées à cet effet. Cependant, deux rapports sur les risques de blanchiment d'argent associés aux personnes morales et à la corruption, publiés en novembre 2017 et en avril 2019, permettent de tirer certaines conclusions à cet égard. Ainsi, les sociétés étrangères représentent un risque de blanchiment d'argent nettement plus élevé que celui résultant des entités juridiques helvétiques. Ce risque se caractérise par l'implication de sommes importantes, la participation aux transactions de personnes politiquement exposées et par le recours à des sociétés de domicile constituées dans des juridictions *offshore*<sup>1565</sup>.

Par ailleurs, les valeurs patrimoniales issues de faits corruptifs sont rarement placées promptement sur des comptes auprès d'établissements bancaires suisses. Le plus souvent, ils y sont transférés après avoir été préalablement introduits dans le circuit financier légal dans d'autres juridictions et avant d'être placés vers des comptes ouverts dans d'autres pays. L'une des principales caractéristiques des schémas criminels visant à blanchir les revenus d'activités corruptives est le recours à des personnes morales, majoritairement des sociétés de domicile.

Dans près de 90% des cas, il s'agit de personnes morales de droit étranger, mais des sociétés suisses, souvent des sociétés anonymes opérationnelles, actives dans le domaine du conseil et de la gestion financière, concourent également à des actes relevant potentiellement du blanchiment de revenus issus de faits corruptifs<sup>1566</sup>. À titre d'exemple, dans le cadre des affaires *Panama Papers* et *Russian Laundromat* des sociétés domiciles et d'autres constructions juridiques ont été utilisées pour blanchir de l'argent<sup>1567</sup>.

Enfin, il a été décidé de ne pas demander des statistiques à l'ensemble des ministères publics cantonaux, car dans le cadre des affaires de blanchiment d'argent d'envergure

---

sur l'évaluation de la Suisse en matière de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers du 15 mars 2018, p. 15.

<sup>1564</sup> MROS, Rapport annuel 2018, p. 6; MROS, rapport annuel 2019, p. 12.

<sup>1565</sup> Rapport du GCBF sur les personnes morales, novembre 2017, p. 227; cf. partie II, titre I, chapitre 2.12.1.

<sup>1566</sup> Rapport du GCBF sur la corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent, 1<sup>er</sup> avril 2019, p. 3 à 4.

<sup>1567</sup> Cf. partie II, titre I, chapitres 2.12 et 2.13.

internationale, les valeurs patrimoniales sont placées dans plusieurs établissements bancaires répartis dans toute la Suisse. Les affaires impliquant des montants importants se déroulent principalement à l'étranger ou dans plusieurs cantons sans qu'il y ait de prédominance évidente dans l'un d'entre eux. Il s'ensuit que ces cas relèvent, selon l'art. 24, al. 1, CPP de la compétence du MPC et non pas des ministères publics cantonaux<sup>1568</sup>. Ainsi, les statistiques publiées par le MROS semblent confirmer cette tendance et démontrent que le MPC occupe de loin la première place parmi les destinataires des communications de soupçons du MROS<sup>1569</sup>. En effet, dans la période comprise entre 2015 et 2019, 47.6% des communications ont été transmises à des autorités de poursuites pénales. Dans 45.7% des cas, l'autorité de poursuite pénale était le MPC<sup>1570</sup>. L'année 2020 constitue une exception avec 91% des communications de soupçons transmises à des ministères publics cantonaux contre 9% transmises au MPC<sup>1571</sup>. Cette évolution s'explique, d'une part, par les nombreux cas d'escroquerie liés à des crédits octroyés durant la crise sanitaire et ayant donné lieu à des communications de soupçons et, d'autre part, par la diminution des communications liées aux affaires internationales de corruption.

En guise de conclusion, il convient de relever que les statistiques ne reflètent jamais la réalité dans sa totalité, car il existe des cas qui ne sont pas censurés. On pense notamment aux affaires n'ayant pas fait l'objet d'une communication au MROS, d'une dénonciation, d'une investigation par les autorités compétentes ou encore n'ayant pas été portées devant un tribunal pour jugement.

## 2. Statistiques de l'OFS et de la FINMA

Les statistiques de l'OFS sont issues d'une banque de données publiquement disponible recensant l'ensemble des données chiffrées des infractions cantonales relevant du CP<sup>1572</sup>. Ces données sont récoltées par les polices cantonales suisses selon une métho-

<sup>1568</sup> À titre d'exemple, il ressort des pages 15 à 16 du rapport de l'OCDE sur l'évaluation de la Suisse en matière de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers du 15 mars 2018 que le canton de Genève a ouvert vingt et une procédures pénales relatives à des faits de corruption transnationale dans la période comprise entre le 1<sup>er</sup> janvier 2011 et le 31 décembre 2016. Tandis que le canton de Zurich a ouvert, dans la période comprise entre 2012-2014, deux procédures contre trois personnes physiques dont l'une a été classée. Enfin, le canton de Zoug a mené, dans la période comprise entre 2009-2013, une procédure contre deux personnes physiques qui a été classée.

<sup>1569</sup> MROS, Rapport annuel 2018, p. 20.

<sup>1570</sup> Deuxième rapport du GCBF sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment, p. 32.

<sup>1571</sup> MROS, Rapport annuel 2020, p. 17.

<sup>1572</sup> OFS, Statistique policière de la criminalité financière, 2020, in: Office fédéral de la statistique (OFS), (<<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home.html>>), consulter à ce titre: <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/criminalite-droit-penal/police/infractions.assetdetail.11147617.html>> (22.11.2021).

dologie uniforme de saisie et d'exploitation lors d'infractions rapportées dans le cadre du dépôt d'une plainte ou d'une procédure pénale policière cantonale.

Par ailleurs, la date prise en compte n'est pas la date effective de l'infraction, mais la date à laquelle la police a communiqué le cas à l'OFS<sup>1573</sup>. Enfin, les chiffres ne concernent que les affaires dénoncées à la police et n'incluent pas les cas qui n'ont pas été signalés (chiffres noirs), ni les procédures judiciaires engagées, ni les acquittements ou encore les décisions de non-entrée en matière prononcées par les autorités pénales.

Par ailleurs, il est possible que le type d'infraction soit réévalué par les ministères publics ou les tribunaux compétents au cours de la procédure et qu'il ne corresponde plus à la catégorie initialement définie par la police<sup>1574</sup>. Finalement, seules les infractions qui ont eu lieu sur le territoire suisse sont prises en considération et une personne n'est comptée qu'une seule fois comme personne réelle, indépendamment du nombre d'actes qui lui sont attribués<sup>1575</sup>.

Au vu de ce qui précède, notre analyse portera sur le nombre de cas d'infractions de blanchiment d'argent au sens de l'art. 305<sup>bis</sup> CP, recensés et commis par des personnes physiques et morales en Suisse. Par ailleurs, les chiffres incluent aussi bien les infractions élucidées d'un point de vue policier, comme celles qui ne le sont pas. Sont considérées comme élucidées les infractions pour lesquelles une personne peut être identifiée en tant que prévenu de l'infraction sachant que les instigateurs, les coauteurs et les complices sont aussi considérés comme des prévenus. En cas d'infraction collective, l'infraction est réputée élucidée dès que l'une parmi ces personnes a été identifiée<sup>1576</sup>.

---

<sup>1573</sup> OFS, Statistique policière de la criminalité, rapport annuel 2020, p. 6 à 7, p. 79, chap. 5.2.1.

<sup>1574</sup> OFS, Statistique policière de la criminalité, rapport annuel 2020, p. 6.

<sup>1575</sup> OFS, Statistique policière de la criminalité, rapport annuel 2020, p. 80, chap. 5.3.2 et 5.3.3.

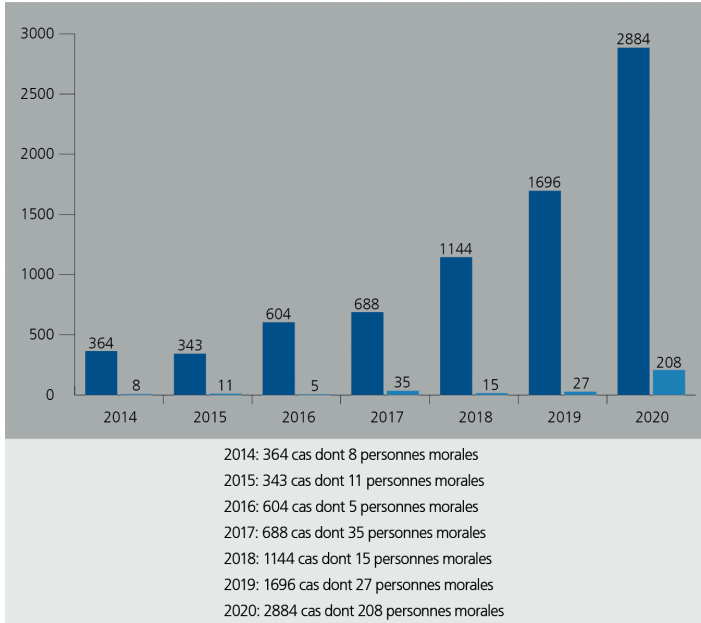
<sup>1576</sup> OFS, Statistique policière de la criminalité, rapport annuel 2020, p. 79, chap. 5.2.3.



Le graphique 13 démontre que les cas de blanchiment d'argent<sup>1577</sup> recensés par les polices ont fortement augmenté ces dernières années.

### Graphique 13<sup>1578</sup>

**Cas de blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP) recensés par les polices dans la période comprise entre 2014-2020**



<sup>1577</sup> Par cas, il faut entendre l'ensemble des infractions enregistrées dans le cadre d'un dépôt de plainte ou d'une procédure d'enquête policière. Une saisie absolument homogène n'est pas possible au niveau des cas, puisque les cantons présentent des répartitions de compétences différentes et des usages disparates dans l'établissement des rapports; cf. OFS, Statistique policière de la criminalité, rapport annuel 2020, p. 79, chap. 5.2.1.

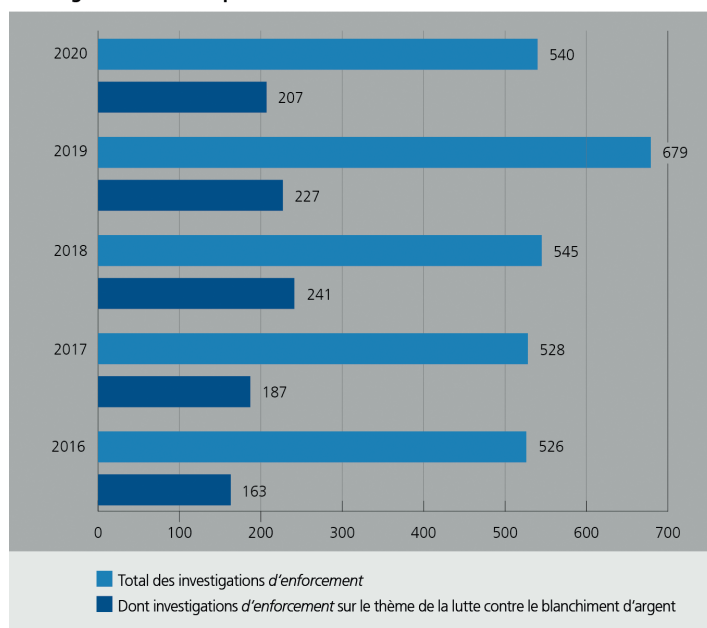
<sup>1578</sup> OFS, Statistique policière de la criminalité financière, 2020, in: Office fédéral de la statistique (OFS), (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home.html>), consulter à ce titre: (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/criminalite-droit-penal/police/infractions.assetde tail.11147617.html>) (22. 11. 2021).

Cependant, les cas de blanchiment d'argent recensés par les polices ne déterminent pas le type de blanchiment d'argent et ne détaillent pas non plus les infractions préalables au blanchiment d'argent de sorte qu'il n'est pas possible d'effectuer une analyse holistique de ces données. Par ailleurs, ces chiffres n'incluent pas les cas traités par les ministères publics cantonaux ni le MPC. Néanmoins, ces données indiquent une tendance en hausse des cas de blanchiment d'argent qui se dessine tant dans la casuistique analysée dans la deuxième partie que dans les statistiques publiées par le MROS (graphiques 15 à 18).

Concernant la FINMA, le graphique 14 publié dans les rapports annuels de 2018 et 2020 est particulièrement représentatif et démontre une forte augmentation des investigations menées en matière de lutte contre le blanchiment d'argent par la division *enforcement*.

**Graphique 14**<sup>1579</sup>

**Investigations menées par la FINMA entre 2016-2020**



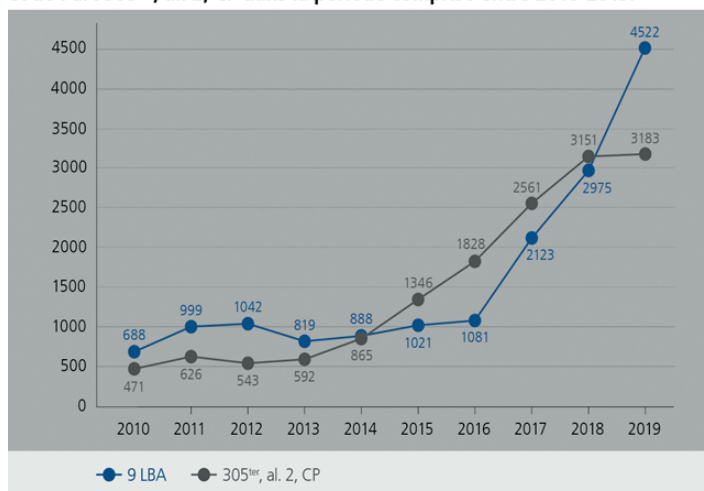
<sup>1579</sup> FINMA, Rapport annuel 2018, p. 80; FINMA, Rapport annuel 2020, p. 46.

### 3. Statistiques du MROS et du DFF

Le graphique 15 illustre l'évolution des communications relevant du droit de communication au sens de l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 2, CP, par rapport à celles effectuées en vertu de l'obligation de communication au sens de l'art. 9 LBA :

Graphique 15<sup>1580</sup>

Comparaison entre les communications effectuées au titre de l'art. 9 LBA et de l'art 305<sup>bis</sup>, al. 2, CP dans la période comprise entre 2010-2019.



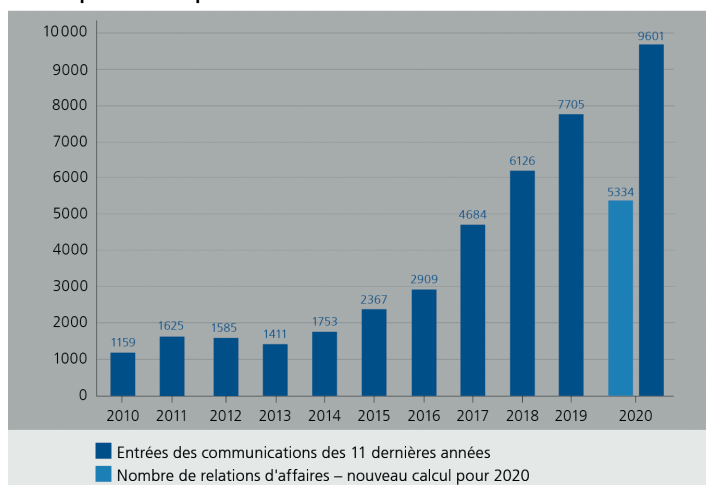
Pour la première fois, depuis l'année 2014, les communications selon l'art. 9 LBA ont augmenté de manière exponentielle. Cette hausse pourrait résulter du fait que l'intermédiaire financier peut rompre la relation d'affaires si, dans un délai de vingt jours ouvrables suivant une communication selon l'art. 9, al. 1, let. a, LBA, le MROS ne l'a pas informé de la suite qu'il convient de donner à la communication ou l'informe que la communication n'est pas transmise aux autorités de poursuite pénale (art. 30, al. 1, let. a, OBA-FINMA).

<sup>1580</sup> MROS, Rapport annuel 2019, p. 8.

Le graphique 16 illustre que le nombre de communications de soupçons a fortement augmenté ces dernières années. Avec 7705 communications de soupçons en l'année 2019 et 9601 communications en 2020, soit 5334 communications selon la nouvelle base de calcul du MROS<sup>1581</sup>, le nombre d'annonces a encore une fois augmenté et a donc plus que quadruplé en seulement six ans.

### Graphique 16<sup>1582</sup>

**Communications de soupçons reçues par le MROS dans la période comprise entre 2010-2020**



En 2019, 90% de ces communications ont été effectuées par des banques et seulement 10% par des prestataires de service de paiement ou de cartes de crédit, des gérants de fortune, des avocats et notaires, des sociétés fiduciaires ou des casinos contre 89% resp. 11% en 2020<sup>1583</sup>.

<sup>1581</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020, le chiffre retenu est celui des communications effectuées par les intermédiaires financiers et non plus, comme auparavant, celui du nombre de relations d'affaires signalées. En 2019, chaque communication au MROS comprenait en moyenne 1.8 relations d'affaires. Ainsi, le MROS s'est basé sur ce taux pour évaluer la progression des communications en 2020, Cf. MROS, Rapport annuel 2020, p. 16 et 18.

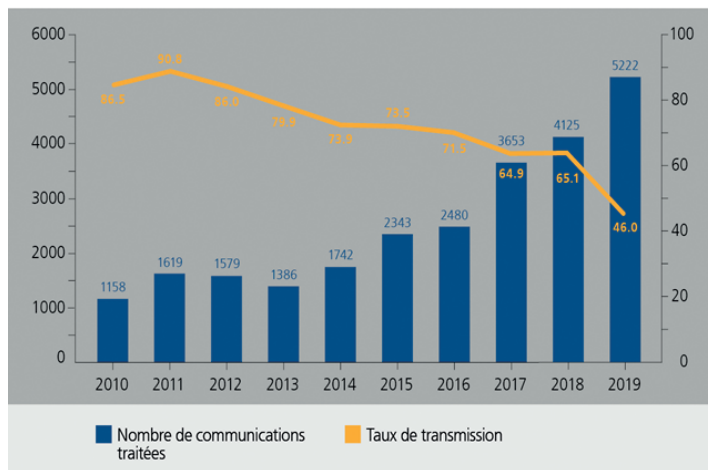
<sup>1582</sup> MROS, Rapport annuel 2020, p. 18.

<sup>1583</sup> MROS, Rapport annuel 2019, p. 8, p. 10; MROS, Rapport annuel 2020, p. 18.

Comme le démontre le graphique 17, le taux de transmission des communications aux autorités pénales est en baisse depuis l'année 2011. Selon le MROS, cette diminution est due à un meilleur tri des communications depuis la révision législative de 2013<sup>1584</sup>. Ces chiffres n'ont plus été publiés en 2020.

**Graphique 17**<sup>1585</sup>

**Communications de soupçons traitées par année et taux de transmission dans la période comprise entre 2010-2019**



Or, même si le taux de transmission n'est pas le seul paramètre pour juger de l'efficacité du système, une baisse des communications traitées d'année en année est préoccupante, car les éléments de blanchiment d'argent annoncés doivent pouvoir être transmis rapidement aux autorités de poursuite pénale. Toutefois, cette tendance ne s'est pas poursuivie en 2020, car sur 6095 relations d'affaires en cours de traitement à la fin de l'exercice 2019, seules 37 d'entre elles étaient encore en cours d'analyse par le MROS à la fin 2020<sup>1586</sup>.

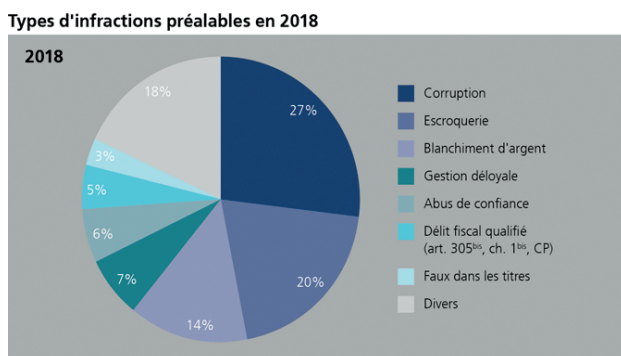
<sup>1584</sup> MROS, Rapport annuel 2019, p. 8.

<sup>1585</sup> MROS, Rapport annuel 2019, p. 9.

<sup>1586</sup> Le nombre de communications non-traitées est passé de 1717 en 2018 à 3631 en 2019, cf. MROS, Rapport annuel 2019, p. 8. Pour l'année 2020, le MROS signale que 829 communications étaient toujours en cours d'analyse au 31 décembre 2020, cf. MROS, Rapport annuel 2020, p. 16.

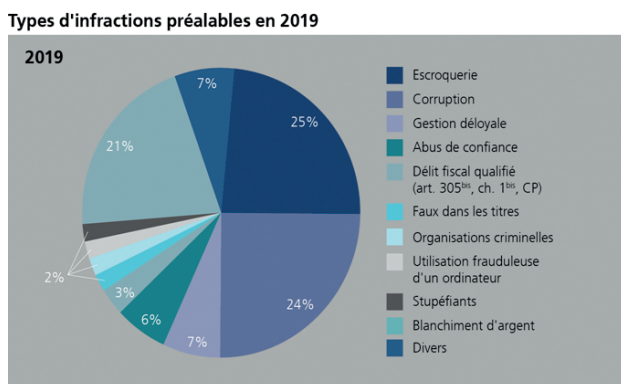
Le graphique 18 démontre que la part des communications de soupçons mentionnant la corruption comme infraction préalable occupait la première place parmi les infractions préalables les plus communiquées en 2018, ce qui n'est guère surprenant si l'on pense aux affaires de corruption internationale n'ayant pas épargné la place financière suisse ces dernières années.

**Graphique 18**<sup>1587</sup>



Selon le graphique 19, l'infraction préalable qui a fait l'objet de plus de communications de soupçons en 2019 est l'escroquerie, suivie par la corruption.

**Graphique 19**<sup>1588</sup>



<sup>1587</sup> MROS, Rapport annuel 2018, p. 18.

<sup>1588</sup> MROS, Rapport annuel 2019, p. 12.

En 2020, l'escroquerie était à nouveau l'infraction préalable la plus mentionnée par les intermédiaires financiers avec 58% des signalements<sup>1589</sup>. Cette évolution n'est guère surprenante si l'on considère que des nombreuses communications adressées au MROS portaient sur des soupçons de détournement ou d'obtention frauduleuse de crédits liés à la crise sanitaire. Enfin, les chiffres publiés par le MROS retiennent l'infraction préalable au blanchiment d'argent présumée au moment de la transmission de la communication aux autorités de poursuite pénale compétentes, sachant que ces dernières ne sont pas liées par la qualification juridique du MROS<sup>1590</sup>.

Le DFF est l'autorité de poursuite et de jugement pour les violations de l'obligation de communiquer en vertu de l'art. 50, al. 1, LFINMA. Par ailleurs et conformément à l'art. 6, al. 1, DPA les poursuites pénales engagées par le DFF peuvent soit être dirigées contre l'auteur direct, à savoir la personne responsable de procéder à une communication selon les directives de l'établissement financier, ou alors contre la personne qui assume une telle responsabilité dans les faits<sup>1591</sup>. Dans l'appréciation des violations, le DFF est lié par l'art. 37 LBA prévoyant que la procédure est dirigée principalement contre une personne physique. Enfin, la procédure pénale peut subsidiairement être dirigée contre des personnes morales selon l'art. 49 LFINMA, si l'enquête contre des personnes physiques devait rendre nécessaire des mesures d'instruction hors proportion par rapport à la peine encourue et à condition que l'amende entrant en ligne de compte ne dépasse pas 50 000 CHF<sup>1592</sup>.

---

<sup>1589</sup> MROS, Rapport annuel 2020, p. 17.

<sup>1590</sup> MROS, Rapport annuel 2018, p. 18.

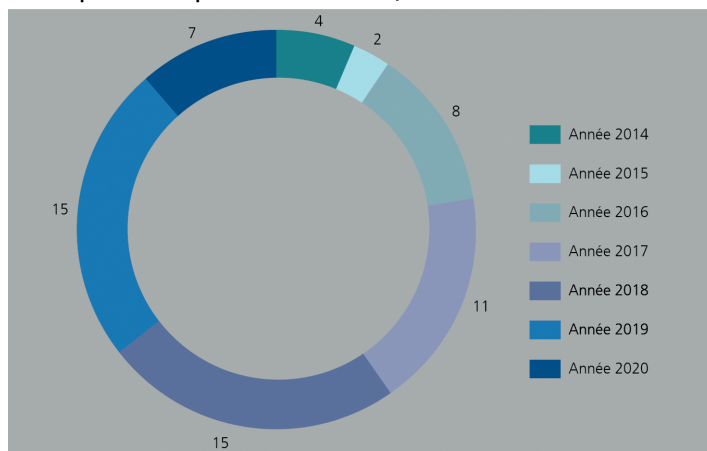
<sup>1591</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2017.54 du 19 décembre 2017, consid. 2.2.4.3.

<sup>1592</sup> Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2018.47 du 26 avril 2019, consid. 5.11.4 et 5.11.5.

Selon le graphique 20, le DFF a reçu 62 dénonciations pénales, entre 2014 et 2020, dont plus de la moitié ont été réceptionnées entre 2018 et 2020. Ces chiffres ne sont pas surprenants si l'on considère que la FINMA a réalisé que les intermédiaires financiers ne communiquaient pas suffisamment leurs soupçons de blanchiment d'argent au MROS<sup>1593</sup> et a dès lors accentué ses contrôles<sup>1594</sup>.

### Graphique 20<sup>1595</sup>

**Nombre de dénonciations pénales reçues par le DFF dans la période comprise entre 2014-2020, selon l'art. 37**



<sup>1593</sup> Conférence de presse annuelle du 7 avril 2016, Mark Branson, directeur de la FINMA jusqu'à la fin avril 2021, «La lutte contre le blanchiment d'argent n'est pas une figure libre, mais imposée», in: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), (<[www.finma.ch](https://www.finma.ch)>); consulter à ce titre: <<https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/referate-und-artikel/20160407-rf-bnm-jmk-2016-de.pdf?la=fr>> (22. 11. 2021).

<sup>1594</sup> FINMA, Rapport annuel 2017, p. 30.

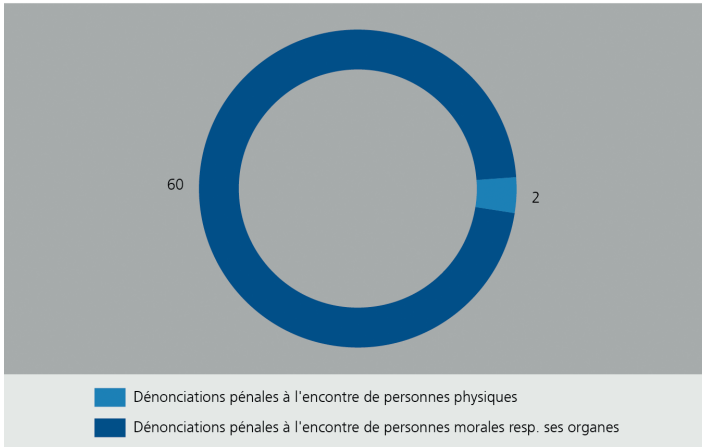
<sup>1595</sup> DFF, Service juridique pénal.



Selon le graphique 21, l'écrasante majorité des dénonciations est faite à l'encontre de personnes morales et de leurs organes.

**Graphique 21**<sup>1596</sup>

**Détail des dénonciations pénales reçues  
par le DFF dans la période comprise entre 2014-2020**

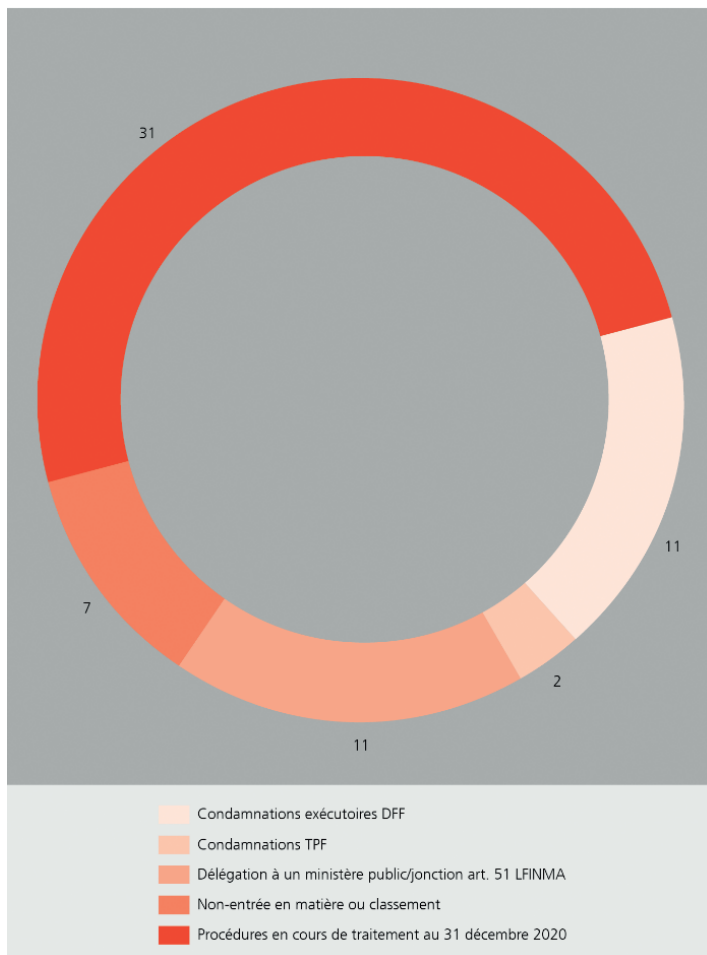


<sup>1596</sup> DFF, Service juridique pénal.

Le graphique 22 démontre que plus d'un tiers des dénonciations pénales se terminent en une condamnation pénale.

**Graphique 22**<sup>1597</sup>

**Procédures administratives pénales dans la période comprise entre 2014-2020, selon l'art. 37 LBA**



---

<sup>1597</sup> DFF, Service juridique pénal.

## II Considérations finales

Les 40 recommandations du GAFI sont reconnues comme étant le standard international en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et la prolifération des armes de destruction massive<sup>1598</sup>, alors que le GAFI n'est pas une organisation fondée sur un traité international. Néanmoins, le GAFI remplit incontestablement une fonction importante de coordination et de coopération intergouvernementale. Les recommandations du GAFI ont été reprises par 205<sup>1599</sup> pays et juridictions dans le monde entier et sont reconnues par d'importants organismes internationaux tels que le FMI, la Banque mondiale et le Comité de sécurité des Nations Unies. Le travail de standardisation de la réglementation visant à favoriser un *level playing field* entre les acteurs du marché est primordial, compte tenu des effets de la globalisation qui sont particulièrement visibles dans les marchés financiers. Il en résulte une grande interdépendance entre les divers pays ayant comme conséquence que la mise en œuvre d'une réglementation territoriale concurrente peut conduire à des résultats inégaux ou inefficaces d'un point de vue international. À la lumière de ce qui suit, les travaux d'harmonisation réglementaire conduits par le GAFI sont importants et nécessaires.

L'analyse des plus grandes affaires de blanchiment d'argent et du cadre législatif helvétique dans la deuxième partie a démontré que l'évolution du cadre législatif et réglementaire suisse est avant tout le résultat de la mise en œuvre des recommandations du GAFI et n'est qu'indirectement la conséquence des affaires de blanchiment d'argent ayant touché la place financière suisse ces trois dernières décennies. Il s'ensuit que les standards internationaux du GAFI sont le véritable moteur de l'évolution des dispositions législatives en matière de lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse<sup>1600</sup>.

---

<sup>1598</sup> Qui sommes-nous? in: Groupe d'action financière (GAFI), (<<http://www.fatf-gafi.org/fr/>>; consulter à ce titre: <<https://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/>> (22.11.2021).

<sup>1599</sup> GAFI, Rapport annuel XXX, 2018-2019, p. 21.

<sup>1600</sup> Du même avis ROTH, *Soft law – Ordnungsvisionen im flux*, p. 71, chap. 7.2.1; ZUBERBÜHLER, *Finanzmarktregulierung und kein Ende?*, p. 290.

Toutefois, certains éléments structurels et organisationnels du GAFI demeurent insuffisants. À titre d'exemple, à l'heure actuelle, les principes de gouvernance encadrant le travail du GAFI ne sont pas publiquement accessibles; de nombreuses décisions sont prises à huis clos et on ignore comment les États membres parviennent à atteindre un *consensus* lors des séances plénières du GAFI. Enfin, on ignore s'il existe un code de conduite pour les experts qui mènent des évaluations mutuelles conjointement avec le secrétariat du GAFI, sachant que ces évaluations peuvent entraîner des conséquences importantes pour les pays évalués. Au vu de ce qui précède, les activités et les décisions du GAFI ne sont ni prévisibles ni compréhensibles, ce qui laisse planer un doute quant à leur bien-fondé. Par conséquent, une véritable confiance institutionnelle ne peut pas être instaurée, ce qui est préjudiciable pour un organisme intergouvernemental ayant un rayonnement international et consacrant des moyens financiers et stratégiques si importants à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Il s'ensuit que si des préoccupations sont formulées quant à la légitimité du GAFI en tant qu'organisme et au bien-fondé de ses processus décisionnels, la légitimité démocratique de ses recommandations est également remise en question<sup>1601</sup>. La confiance envers une institution est la condition *sine qua non* pour qu'elle soit en mesure de remplir sa fonction politique, économique et sociale<sup>1602</sup>. Or, pour renforcer la confiance institutionnelle et permettre aux intéressés d'avoir une meilleure compréhension du *modus operandi* du GAFI, il faudrait améliorer la transparence des processus décisionnels, en publiant par exemple les principes de gouvernance qui le guident.

En outre, chaque État membre devrait se voir octroyer un droit de vote lors des séances plénières du GAFI, pour assurer un processus démocratique dans la prise des décisions. Il en résulterait une meilleure compréhension ainsi qu'une légitimation des décisions prises par le GAFI. Enfin, le G20 en qualité de groupe *ad hoc* exerce sur le GAFI une ascendance politique qui est problématique, si l'on considère que son rôle et ses compétences ne sont définis dans aucun document officiel du GAFI et que seuls quelques États membres provenant majoritairement de pays industrialisés sont aussi membres du G20.

Au fil du temps, les recommandations du GAFI sont devenues de plus en plus détaillées et forment aujourd'hui une *corpus* de règles précises qui ne correspond plus à un standard minimal susceptible d'être transposé de manière équivalente dans le droit national des États membres. L'analyse historique a démontré que les recommandations du GAFI ont initialement été conçues comme des principes universels visant à attein-

---

<sup>1601</sup> TROXLER, *International Standards*, p. 13, N 17.

<sup>1602</sup> ROTH, *Soft Law – Ordnungsvisionen im flux*, p. 5, chap. 1.4; ROTH, *Good Corporate Governance*, p. 39, par. 22.

dre une harmonisation des règles minimales entre les États membres, et non pas comme un recueil de normes techniques et détaillées visant à unifier le droit. Par ailleurs, comme nous avons eu l'occasion de le constater dans le cadre de l'étude de droit comparé, le GAFI n'interprète pas les recommandations de manière homogène, de sorte qu'il existe une divergence dans l'interprétation d'un même standard, d'un pays à l'autre. Cette différence est problématique, car elle ne garantit pas que tous les États membres soient mis sur un pied d'égalité (*level playing field*), selon l'adage *same risks, same business, same rules*, mais favorise une réglementation concurrente entre les pays. Le GAFI n'est pas la seule entité à rencontrer ces difficultés. En effet, comme nous l'avons relevé, l'Union européenne a constaté des disparités dans la mise en œuvre de ses Directives anti-blanchiment dues aux approches et aux cadres législatifs nationaux divergents des États membres. Dès lors, l'accent ne devrait-il pas être plutôt mis sur l'application d'un noyau dur de standards internationaux pertinents et les autorités ne devraient-elles pas être encouragées à effectuer davantage de contrôles ciblés pour en vérifier la mise en œuvre effective ?

Les récentes affaires de blanchiment d'argent d'envergure internationale, qui ont été présentées en détail dans la deuxième partie, démontrent à quel point les systèmes financiers sont interconnectés et qu'il est nécessaire de prévoir une standardisation de la réglementation à un niveau international. Toutefois, cette initiative ambitieuse n'a des chances d'aboutir que si elle est coordonnée par un organisme intergouvernemental bénéficiant d'une confiance institutionnelle véritable de par son intégrité, sa transparence, son impartialité et son indépendance politique. Enfin et surtout, il doit s'assurer que les États membres et les participants aux marchés financiers soient mis sur un pied d'égalité (*level playing field*) par la mise en œuvre universelle de standards minimaux. Si ces conditions sont remplies, la conformité aux standards internationaux représente un gage de qualité et de confiance qui ne garantit pas seulement l'accès aux marchés financiers et favorise ainsi les transactions et les investissements transfrontaliers, mais peut aussi rendre la lutte contre le blanchiment d'argent plus efficace. Avec la globalisation de l'économie et les développements techniques, la criminalité organisée prend des nouvelles formes et utilise des nouveaux canaux<sup>1603</sup>. Les modalités du blanchiment d'argent correspondent aux traits caractérisant le système financier moderne, car elles sont non seulement évolutives, mais aussi sophistiquées et internationales. La dématérialisation et l'internalisation des flux monétaires permet à l'argent virtuel

<sup>1603</sup> À titre d'exemple, les crimes liés à l'environnement comme le commerce illégal d'animaux sauvages, la criminalité forestière ainsi que l'exploitation minière et le trafic illégal des déchets qui génèrent des profits illégaux à hauteur de centaines de milliards par année. Pour des plus amples informations, consulter le rapport du GAFI «Money Laundering from Environmental Crime» publié en juillet 2021, in: Groupe d'action financière (<<https://www.fatf-gafi.org>>), consulter à ce titre: <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Money-Laundering-from-Environmental-Crime.pdf>> (22.11.2021).

de se déplacer rapidement et facilement dans le monde entier<sup>1604</sup>. Cela est particulièrement vrai si l'on considère la vitesse à laquelle les cryptomonnaies ont évolué ces dernières années. Le crime organisé parvient à infiltrer les marchés légaux en utilisant entre autres les mêmes méthodes commerciales et d'investissement utilisées par les autres intervenants sur les marchés, ce qui rend la détection d'opérations suspectes plus difficile. Une action globale et coordonnée des États permettrait aux autorités et services chargés de la prévention et de la répression de lutter efficacement contre le crime organisé<sup>1605</sup>. La communauté internationale y compris le GAFI avancent-ils vraiment de concert et montrent-ils un front uni pour faire face à ce défi ? Et quels sont les moyens pour lutter efficacement contre le blanchiment d'argent ?

Les États membres sont entièrement absorbés par les travaux laborieux en relation avec le quatrième cycle d'évaluations mutuelles du GAFI, afin de se conformer à un maximum de recommandations et d'éviter ainsi de se retrouver dans un processus de suivi renforcé ou de devoir se confronter, en cas de défaillances plus graves, aux mesures répressives du GAFI. Par ailleurs, le GAFI alimente cette tension en exerçant une pression considérable pour la mise en œuvre de ses recommandations techniques.

Dans cette course contre le temps, ni les États membres ni le GAFI ne semblent se demander si la transposition rigoureuse des recommandations dans le droit national apporte vraiment une valeur ajoutée, en termes d'efficacité du dispositif anti-blanchiment, compte tenu des particularités et du contexte de risque inhérent à chaque pays. Les vulnérabilités et les risques de blanchiment d'argent diffèrent en fonction des circonstances nationales, économiques, gouvernementales et sociales. Partant, les activités criminelles ne se développent pas de la même façon dans tous les pays. Certains pays sont plus perméables à certaines formes de la criminalité que d'autres<sup>1606</sup>. Il s'ensuit que la mise en œuvre de certaines recommandations du GAFI ne fera guère de sens dans un pays, tandis que dans un autre État elles seront nécessaires, voire indispensables. À quoi servent des standards internationaux s'ils sont trop techniques, pas adaptés aux réalités locales et, en définitive, s'ils ne parviennent pas à prévenir le blanchiment d'argent ? Par ailleurs, la pression exercée sur les États membres lors des évaluations mutuelles augmente la concurrence entre les pays et ne favorise pas un climat de coopération.

Les marchés financiers se caractérisent par des changements rapides. Pour parvenir à suivre le rythme de ces modifications, une grande capacité d'adaptation et une vision à long terme sont indispensables. Or, pour lutter efficacement contre le blanchiment d'argent, il est nécessaire d'anticiper les failles dans la réglementation existante et de

---

<sup>1604</sup> FAHRANAZ, harmonisation internationale, p. 22 et p. 34.

<sup>1605</sup> FAHRANAZ, harmonisation internationale, p. 28.

<sup>1606</sup> Dans le même sens FAHRANAZ, harmonisation internationale, p. 84.

trouver des solutions pragmatiques pour y remédier. Toutefois, il n'est pas aisé de conserver la cadence dans un système qui évolue de manière permanente et où rien n'est figé. À titre d'exemple, le GAFI admet la faille dans ses standards en renonçant à réglementer les virements vers et depuis des portefeuilles non assujettis (*non-custody wallet providers*<sup>1607</sup>). Ainsi faisant, la *blockchain* contiendra des portefeuilles qui ne seront pas identifiables. À l'heure actuelle, il n'existe aucun système comparable à SWIFT<sup>1608</sup> pour les versements interbancaires, permettant de transmettre de manière fiable des données d'identification relatives au trafic de paiements sur la *blockchain*<sup>1609</sup>. Le GAFI ne tient pas compte du fait que le développement d'une nouvelle solution technique prendra du temps, ce qui crée une incertitude juridique et laisse une ouverture aux criminels pour blanchir de l'argent.

Les politiques et règles de lutte contre le blanchiment d'argent qui sont mises en œuvre par le GAFI et dans les autres pays ont un impact sur la structure du marché international : une coordination est donc indispensable. À titre d'exemple, l'accord de partenariat économique et commercial conclu entre le Royaume-Uni et l'Union européenne à la fin décembre 2020 et ratifié fin avril 2021, prévoit que le Royaume-Uni n'est pas obligé de tenir compte de la future réglementation européenne en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et de financement du terrorisme<sup>1610</sup>. Par ailleurs,

<sup>1607</sup> Les prestataires de *custody wallet* gardent et gèrent les *private keys* des clients qui leurs octroient un pouvoir de disposition direct sur les actifs qui leur sont confiés. Tandis que les prestataires de *non custodian wallet provider* n'ont pas accès à la *private key* de leurs clients, ils n'ont aucun pouvoir de disposition légal ni effectif sur les actifs de tiers. C'est la raison pour laquelle ces prestataires ne sont pas couverts par les recommandations du GAFI; cf. FINMA, Rapport annuel 2018, p. 31.

<sup>1608</sup> SWIFT (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications) est un réseau de télécommunication financier bancaire utilisé dans le cadre de paiements électroniques et servant aux échanges interbancaires au niveau mondial.

<sup>1609</sup> Communication FINMA sur la surveillance 02/2019, Trafic des paiements sur la blockchain, 26 août 2019, p. 3.

<sup>1610</sup> « *Les parties mettent tout en œuvre pour veiller à ce que les normes convenues au niveau international dans le secteur des services financiers en matière de réglementation et de surveillance, de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale soient mises en œuvre et appliquées sur leur territoire. Ces normes convenues au niveau international sont, entre autres, celles adoptées par : le G20; le Conseil de stabilité financière; le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, en particulier ses «Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace»; l'Association internationale des contrôleurs d'assurance, en particulier ses «Principes de base en matière d'assurance»; l'Organisation internationale des commissions de valeurs, en particulier ses «Objectifs et principes de la régulation financière»; le Groupe d'action financière; et le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales de l'Organisation de coopération et de développement économiques.* », in : JO L 444 du 31 décembre 2020, p. 132. On notera que ce paragraphe ne renvoie pas aux Directives européennes en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Consulter à ce propos également l'article de Markus Zydra paru dans la *Sonn- tagsZeitung*, le 10 janvier 2021, «Grossbritannien könnte zum Geldwäsche-Paradies wer-

après la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, les établissements financiers britanniques ont déplacé des sommes colossales vers d'autres pays européens, afin de garder l'accès aux marchés financiers. Cette réallocation de capitaux, qui est estimée à 1200 milliards de livres anglaises, représente des risques de blanchiment d'argent importants<sup>1611</sup>. La lutte contre le blanchiment d'argent est aussi forte que le maillon le plus faible de la chaîne. Pour faire face à ces défis, le GAFI doit trouver des réponses pragmatiques aux risques de blanchiment d'argent liés à l'utilisation croissante des nouvelles technologies, il doit mener des évaluations mutuelles équitables en appliquant ses standards de manière homogène et avoir une structure de gouvernance transparente, afin de disposer d'une véritable confiance institutionnelle. Par ailleurs, il doit trouver une voie vers l'indépendance politique et disposer de processus décisionnels démocratiques. Enfin, le GAFI doit reconnaître que chaque pays est exposé à des risques de blanchiment d'argent ainsi que des réalités juridiques et économiques différentes et qu'une mise en œuvre généralisée de ses 40 recommandations passe à côté de l'objectif recherché.

---

den», in: SonntagsZeitung, (<<https://www.tagesanzeiger.ch/sonntagszeitung/>>), consulter à ce titre: <<https://www.tagesanzeiger.ch/warum-grossbritannien-zum-geldwaesche-paradies-werden-koennte-808893818885>> (22. 11. 2021).

<sup>1611</sup> Cf. l'étude du 1<sup>er</sup> octobre 2020, menée par Ernst & Young au Royaume-Uni, qui chiffre la réallocation de capitaux de la Grande-Bretagne vers d'autres pays européens à GBP 1200 milliards, in: (<[https://www.ey.com/en\\_uk](https://www.ey.com/en_uk)>), consulter à ce titre: <[https://www.ey.com/en\\_uk/news/2020/09/ey-financial-services-brex-it-tracker-fs-firms-continue-moving-staff-ahead-of-brex-it-deadline](https://www.ey.com/en_uk/news/2020/09/ey-financial-services-brex-it-tracker-fs-firms-continue-moving-staff-ahead-of-brex-it-deadline)>; voir aussi l'article paru dans la NZZ: «Brexit, Banken und die City: Wer für das Schlimmste plant, lag richtig», Benjamin Triebe, 3 décembre 2020, in: (<<https://www.nzz.ch/>>), consulter à ce titre: <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/brexit-zaesur-fuer-grossbritannien-banken-und-finanzplatz-london-ld.1589420?reduced=true>> (22. 11. 2021).



# Index

## A

### **Accord de partenariat économique et commercial entre l'UE et le Royaume-Uni**

- et réallocation de capitaux, 340
- et réglementation de lutte contre le blanchiment d'argent, 339

**Actions au porteur**, 265, 269, 305 s., 317

**Affaire *I Malaysia Development Berhad (IMDB)***, 163, 167, 178, 185

**Affaire Abacha**, 133, 155, 157, 159, 163, 202, 261

**Affaire Banco Ambrosiano**, 142

**Affaire Danske Bank**, 203 s., 206

**Affaire Duvalier**, 133, 150, 163, 202

**Affaire FIFA**, 37, 172

**Affaire *Lebanon Connection***, 133, 141, 144, 219, 315

**Affaire *Mani pulite***, 153

**Affaire Marcos**, 133, 147

**Affaire Mobutu**, 150

**Affaire Montesinos**, 133, 158, 163

**Affaire Odebrecht**, 164, 202

**Affaire PDVSA**, 169, 177

**Affaire Petrobras**, 164, 177

**Affaire *Pizza Connection***, 133, 141, 143, 219, 315

### **Analyse des risques**

- de blanchiment d'argent associés aux personnes morales, 194, 204, 322
- nationale de blanchiment d'argent et financement du terrorisme en Suisse, 27, 137
- sur la corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent, 177, 204, 322
- sur le blanchiment d'argent et financement du terrorisme par le biais d'organismes à but non lucratif, 27 s.

**Approche basée sur les risques**, 34, 39, 56, 89, 127, 130, 298, 316

**Attentats**, 14, 26 s., 53, 127

**Autorégulation**, 247 s., 293

**Autorité de contrôle**, 247 s., 262

**Avoirs de potentats**, 147-149, 152

### **Ayant droit économique (ADE)**

- et détenteur du contrôle, 73, 233, 288, 307
- et droit des sociétés, 307 s.
- et identification incorrecte, 187

- et vérification, 57, 72 s., 75, 140 s., 230, 233, 295, 298
- selon le droit allemand, 76
- selon le droit des États-Unis, 81

## B

**Banque correspondante**, 31, 206, 213, 265, 272

**Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS)**

- compétences, 102, 270, 285, 292, 299 s., 304
- statistiques, 327-329, 331 s.

## C

**Comité de Bâle**

- *Basel Statement of Principles*, 7, 72, 217
- *customer due diligence for banks*, 35
- et relations de banques correspondantes, 213
- et surveillance consolidée, 142

**Compétence**

- et communication de soupçons, 111
- et juridiction fédérale, 251, 279
- législative, 147, 275

**Confiscation**

- et blanchiment d'argent, 220 s.
- et GAFI, 6, 20
- et obligation de communiquer, 110
- et restitution des avoirs, 151 s.
- et révision, 242
- et valeurs de remplacement, 225

**Conseillers**

- et avocats, 22, 137, 190, 192, 198
- et *Panama Papers*, 190
- et projet de révision de la LBA du 26 juin 2019, 197, 276, 296

**Conventions internationales**

- Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 252 s.
- Convention des Nations Unies contre la corruption (Convention de Mérida), 253
- Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (Convention de Palerme), 34
- Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Convention de Vienne), 6 s., 34, 217
- Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (Convention de Strasbourg), 6, 238
- Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (Convention onusienne), 25 s., 28, 34, 256
- Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, 252
- Protocole additionnel de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, 241, 305

**Conventions relatives à l'obligation de diligence des banques (CDB)**

- CDB 1977, 216 s.
- CDB 1982, 217
- CDB 1987, 218
- CDB 1992, 237, 245
- CDB 1998, 249
- CDB 2003, 159, 264, 304
- CDB 2008, 272
- CDB 2016, 288
- CDB 2020, 303, 308

## **Corruption**

- active d’agent privé, 252
- active d’agent public suisse, 252
- active et passive d’agents publics étrangers et internationaux, 253
- comme infraction préalable au blanchiment d’argent, 253
- et affaires internationales, 164
- et avantage indu, 252
- et *peer-review*/mise en œuvre de la Convention de l’OCDE, 254
- passive d’agent privé, 253
- passive d’agents publics, 253

## **Créance compensatrice, 166, 226**

## **Cryptomonnaies, 20, 52, 88, 310**

- et ICO, 46, 137
- et obligation de communiquer, 104, 119, 124
- et R. 15/2012 du GAFI, 44, 46, 48, 310, 313
- et *stablecoins*, 45, 137
- et SWIFT, 46, 339
- et *travel rule*, 47
- et VASP, 44, 48, 313

## **D**

### **Danske Bank**

- et échange d’informations au sein du même groupe, 183, 208
- et enquête de l’Autorité bancaire européenne, 208
- et flux monétaires, 204
- et manquements identifiés par l’audit interne, 207
- et rôle des instances de contrôle, 208

### **Défaut d’organisation, 257**

### **Défaut de vigilance en matière d’opérations financières**

- et auteur, 230 s.

- et ayant droit économique, 233
- et délit de mise en danger abstrait, 231
- et éléments constitutifs, 234
- et intermédiaire financier, 231
- et prescription, 234
- et toutes garanties d’une activité irréprochable, 230

## **Droit allemand**

- et gestion des risques en cas de sociétés de domicile ou d’autres structures, 93
- et obligation de communiquer, 119
- et responsabilité en cas de délégation à des tiers, 98
- et vérification de l’ayant droit économique, 76

## **Droit des États-Unis**

- et gestion des risques en cas de sociétés de domicile ou d’autres structures, 94
- et obligation de communiquer, 122
- et responsabilité en cas de délégation à des tiers, 99
- et vérification de l’identité de l’ayant droit économique, 81

## **Droit pénal administratif**

- et art. 49 LFINMA, 331
- et condamnations pénales, 334
- et dénonciations pénales, 332
- et personnes physiques et morales, 333
- et violation de l’obligation de communiquer, 331

## **E**

### **Entreprise**

- et activité opérationnelle, 73
- et groupe de sociétés, 185
- et responsabilité pénale, 255

- et transparence des personnes morales, 269, 282, 305

**Évaluations mutuelles du GAFI**, 237, 249, 265, 281, 289 s., 316

## F

### Faux dans les titres

- et formulaire A, 58, 295

### Financement du terrorisme

- et Conseil de l'Europe, 241, 304
- et élargissement des recommandations du GAFI, 25
- et organisation criminelle, 241

### *Financial Intelligence Unit (FIU)*

- et FinCEN, 122
- et *Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen*, 119

### FinCEN, 122, 212

- et les révélations des FinCEN Files, 212

## FINMA

- et caractéristiques des relations d'affaires, 185
- et établissement de droit public, 278
- et éventail de mesures d'*enforcement*, 279
- et investigations menées, 326
- et mesures d'*enforcement*, 165, 167, 171, 175, 186
- et violations et manquements constatés, 186

### Fonds monétaire international, 12, 129

### Forum mondial, 42, 283, 305

## G

### Groupe d'action financière (GAFI)

- et 40 recommandations, 8 s., 11 s., 18, 32, 38, 127, 316

- et compte annuels, 127
- et financement du terrorisme, 25, 36
- et force contraignante, 10, 64
- et influence politique, 69
- et infraction fiscale préalable, 39
- et *level playing field*, 52, 55, 59, 335, 337
- et mandat, 12, 25, 35, 127
- et mesures coercitives, 60
- et organisme intergouvernemental, 11, 130, 337
- et principes de gouvernance, 66, 68, 130, 336
- et *soft law*, 9, 64
- et standard minimal, 11, 54, 317, 336
- et structure, 13
- et task force, 5
- et universalité, 55

## I

### Intermédiaire financier

- et ayant droit économique, 74, 231
- et blanchiment d'argent par omission, 228
- et clarifications particulières, 180
- et clients proches de l'État, 185
- et critères de risques accrus, 92, 180
- et délégation des obligations de diligence, 96
- et obligation de communiquer, 103
- et position de garant, 228
- et sociétés de domicile, 92
- et violations et manquements constatés par la FINMA (graphique 5), 185

### *International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ)*

- et les révélations des *FinCEN Files*, 212
- et les révélations des *Luanda Leaks*, 210

- et les révélations des *Panama Papers*, 190

## J

### Juridictions

- à risque accru/appeal du GAFI à appliquer des contre-mesures (liste noire du GAFI), 60
- avec des défaillances stratégiques sous surveillance (liste grise du GAFI), 61
- sous surveillance accrue, 61

## K

*Know your customer (KYC)*, 72, 213, 236, 317

## L

### Loi sur le blanchiment d'argent (LBA)

- et blocage des valeurs patrimoniales, 104, 274
- et bonne foi, 105, 274
- et conseillers, 197, 296
- et genèse, 246
- et identification de l'ayant droit économique, 74
- et négociants, 103, 284
- et obligation de communiquer, 103, 243, 246, 250, 266, 277
- et Organismes d'autorégulation (OAR), 247, 312
- et révision de la LBA du 26 juin 2019, 116, 295
- graphiques 15 à 19, 327

### Loi sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées (LVP)

- et potentats, 151

### Loi sur les établissements financiers (LEFin)

- et essayeurs du commerce, 312
- et intermédiaires financiers directement soumis (IFDS), 312
- et Organismes d'autorégulation (OAR), 248
- et Organismes de surveillance (OS), 312

### Loi sur les services financiers (LSFin)

- et Feuille d'information de base (FIB), 311
- et obligation de publier un prospectus, 310
- et *opting in & opting out*, 310
- et registre des conseillers, 311

## M

### Ministère public de la Confédération,

165, 168, 172, 251, 259, 321

## N

*Ne bis in idem*, 322

## O

### OCDE

- et échange automatique d'informations, 191
- et étude sur les flux financiers illicites, 133
- et évaluations de la Suisse, 254
- et recommandations du GAFI, 42

**Ordonnance pénale**, 166, 173, 188, 259 s.

### Organisation criminelle

- et Abacha, 155
- et bien juridique protégé, 240
- et blanchiment d'argent, 227 s.

- et *Pizza Connection*, 143
- et projet de loi du 14 septembre 2018, 304

### **Organisation des Nations Unies (ONU)**

- et art. 22a LBA, 286
- et Résolution 1373, 25, 28, 103
- et Résolution 1737, 36
- et Résolution 1803, 37
- et Résolution 2253, 41
- et Résolution 2462, 31

### **Organismes à but non lucratif (OBNL), 27 s., 31, 313**

**Organismes d'autorégulation**, 248, 276, 293

**Organismes de surveillance (OS)**, 312

## **P**

*Paper trail*, 104, 137, 160, 225 s., 287

**Personne politiquement exposée (PPE)**, 39, 153 s., 159, 261, 263, 284, 287

- graphique 2, 162
- graphique 3, 163

**Principe de l'interdiction de la double incrimination**, 174, 224

**Principe de la proportionnalité**, 151, 233

**Printemps arabe**, 160, 162, 188

**Procédure simplifiée**, 166

## **R**

**Responsabilité pénale de l'entreprise**

- et casuistique, 259
- et norme d'imputation, 258
- et responsabilité individuelle, 257
- et responsabilité primaire et subsidiaire, 257

- et Schweizerhalle, 255
- et *societas delinquere non potest*, 256

**Révélations des FinCEN Files**, 212

**Révélations des Luanda Leaks**, 210

**Révélations des Panama Papers**, 190

**Russian Laundromat**, 200

## **S**

**Secret professionnel de l'avocat**, 195, 197 s., 218, 235, 288, 296 s.

**Sociétés de domicile**

- et blanchiment d'argent, 193
- et critères de risque, 194, 303
- et gestion des risques, 92, 185
- et *Panama Papers* (graphique 8), 191
- *Russian Laundromat* (graphique 9), 201

**Sociétés offshore**

- et analyse des risques sur les personnes morales, 193 s., 199
- et conseillers, 197, 296
- et *Panama Papers*, 190
- et Petrobras/Odebrecht, 177

**State owned companies**, 163, 185

**Statistiques**

- et cas de blanchiment d'argent recensés par les polices (graphique 13), 325
- et communications de soupçons (graphique 16), 328
- et dénonciations pénales reçues par le DFF (graphique 20), 332
- et investigations menées par la FINMA (graphique 14), 326
- et procédures administratives pénales (graphique 22), 334
- et types d'infractions préalables communiqués (graphique 18 et 19), 330

## U

### Union européenne

- et accord de partenariat économique et commercial conclu avec le Royaume-Uni, 339
- et Autorité européenne de lutte contre le blanchiment d’argent (AMLA), 209
- et enquête de l’Autorité bancaire européenne (ABE) dans l’affaire Danske Bank, 209
- et enquête PANA, 195
- et liste des pays tiers, 67

## V

### *Virtual Assets & Virtual Asset Service Providers (VASP)*

- et définition du GAFI, 45
- et évaluation de la Suisse par le GAFI, 313
- et sondage auprès des États membres du GAFI (12 month report), 45, 48
- et transferts électroniques, 45
- et *travel rule* suisse, 47
- R. 15/2012 et méthodologie d’évaluation du GAFI, 45

Cet ouvrage représente la première étude d'un point de vue juridique et global sur la portée ainsi que les limites des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI). L'auteure montre comment les 40 recommandations du GAFI ont évolué au fil du temps jusqu'à devenir le standard international en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. L'ouvrage pose un regard critique sur les principes de gouvernance qui dirigent cet organisme intergouvernemental. Il décrit par ailleurs, en comparant l'éventail de mesures préventives qui sont adoptées en Suisse, en Allemagne et aux États-Unis, comment ces pays ont transposé dans leur droit interne les standards du GAFI.

L'étude dresse dans un deuxième temps un panorama des plus grandes affaires de blanchiment d'argent d'envergure internationale ayant marqué la place financière suisse ces trois dernières décennies. Elle démontre comment ces affaires et les recommandations du GAFI ont influencé la genèse et l'évolution du cadre législatif suisse.

Enfin, l'ouvrage contient de nombreux exemples pratiques, des graphiques illustratifs ainsi que des statistiques sur l'évolution des cas de blanchiment d'argent. La recherche propose en guise de conclusion des suggestions concrètes pour améliorer les travaux du GAFI.

*Giulia Mariani, Dr en droit, est cadre spécialisée en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, Crossborder et Suitability auprès de l'Autorité de surveillance des marchés financiers FINMA*

ISBN 978-3-7190-4570-8

